JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

# DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E ESTADO DE DIREITO

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
SÃO PAULO — 1977

CIP-Brasil. Catalogação-na-Fonte
Câmara Brasileira do Livro, SP

S697d

Sousa, José Pedro Galvão de, 1912-
Direito natural, direito positivo e estado de direito [por] J. P. Galvão de Sousa, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

Bibliografia.

1. Direito 2. Direito natural 3. Direitos civis 4. O Estado I. Título.

77-1053

CDU-340.12
-340.13
CDD-320.101
-323.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12 (CDU)
2. Direito natural 340.12 (CDU)
3. Direito positivo 340.13 (CDU)
4. Direitos civis : Ciência política 323.4 (CDD)
5. Estado : Teoria : Ciência política 320.101 (CDD)
6. Teoria do Estado : Ciência política 320.101 (CDD)

Exemplar № 2278

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Conde do Pinhal, 78
01501 — São Paulo, SP
Setembro de 1977

# SUMÁRIO

# PREFÁCIO

*Os estudos aqui reunidos foram escritos em diferentes épocas, mas há entre eles uma conexão que dá unidade ao presente volume.*

*A primeira parte, relativa ao positivismo jurídico em face do direito natural, data de três décadas, conservando, porém, a mesma atualidade do tempo em que foi pela primeira vez publicado.*

*Na segunda parte, há um capítulo sobre o fundamento objetivo da ordem jurídica, já dado ao prelo em 1952, agora revisto e acrescido de notas. Aí se considera o direito natural na sua* transcendência. *Os quatro últimos capítulos, de elaboração mais recente (1975 e 1977), têm em vista o direito natural enquanto* imanente na vivência do direito histórico e na vigência do direito positivo *(com relação às fontes do direito, ao direito civil e ao Estado de direito).*

## Primeira Parte

# O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO NATURAL

*Positivismo jurídico, em sentido óbvio, é a negação do direito natural, e a afirmação de que o único direito que realmente existe é o direito positivo.*

*Entretanto, alguns autores positivistas confessam admitir o direito natural; outros, se bem que explicitamente o rejeitem, admitem-no implicitamente. E um positivismo jurídico absoluto, que negue por completo o direito natural, só é defensável, sem ilogismo, pelos que reduzem o direito às determinações arbitrárias da força socialmente preponderante.*

*Para melhor chegar a esta conclusão, mostrar-se-á que:*

*1 — há, na origem do positivismo jurídico moderno, uma incompreensão do verdadeiro sentido do direito natural (cap. I);*

*2 — há, em filosofia do direito, doutrinas positivistas, que, pelos seus próprios princípios, permitem chegar ao direito natural (caps. II e III).*

Capítulo I

# DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO AO POSITIVISMO JURÍDICO

Para bem compreender o positivismo jurídico, importa lembrar a evolução ideológica do direito natural.

Antes do positivismo, passara o conceito clássico de direito natural por deturpações que muito o desprestigiaram, favorecendo o sucesso dos sistemas que procuravam desterrá-lo para o mundo das quimeras.

Há certas doutrinas de direito natural excessivamente abstratas e constituídas pelo abuso do método dedutivo: as que se formaram depois de Grócio, Puffendorf, Rousseau e Kant. Mas há também um sistema de direito natural baseado na evidência dos primeiros princípios do conhecimento e resultante de uma análise objetiva da natureza racional do homem. Esse sistema encontra-se naquela concepção que, proveniente dos filósofos gregos e dos jurisconsultos romanos, se incorporou ao patrimônio doutrinário da filosofia chamada por Bergson a metafísica natural da inteligência humana.

Geralmente, as críticas feitas ao direito natural atingem apenas o "jusnaturalismo" abstrato e dedutivo. Entretanto, abroquelando-se nos argumentos utilizados por tais críticas, precipitam-se muitos a uma negação sumária de todo direito natural.

Não pretendemos dizer que o positivismo jurídico se explica simplesmente como reação contra as doutrinas modernas de direito natural. Seria desconhecer-lhe as causas mais profundas. Seria omitir a

filiação da tendência positivista, no direito, à mesma tendência anteriormente manifestada na filosofia.

O século XIX foi o século positivista por excelência. Ofuscados certos espíritos pelo surto admirável das ciências experimentais, pareceu-lhes ter sido chegado o tempo de uma completa revisão dos velhos princípios admitidos pela maioria das escolas filosóficas. Era preciso rejeitar todo o *apriorismo* da escolástica e de alguns filósofos modernos, como Leibniz ou Kant. Só ao método positivo, isto é, construído sobre o alicerce inconcusso das realidades empíricas, seriam conferidos, daí por diante, foros de cidadania científica. O processo indutivo, que tão bons resultados trouxera nas ciências físicas e naturais, devia ser o único a conduzir também as pesquisas sobre o homem e a sociedade.

Nada disso podemos esquecer na gênese do positivismo filosófico e do positivismo jurídico.

Mas é fora de dúvida, que aquele equívoco a propósito do direito natural, sobre ter contribuído poderosamente para a formação do positivismo jurídico, teve ainda por efeito propiciar-lhe uma grande aceitação. [1]

A uma época dominada pelo progresso da técnica e pela fascinação das ciências experimentais, não podiam satisfazer as abstrações dos Tratados que apareciam como uma herança da "escola do direito da natureza e das gentes" e que faziam esquecer o conceito objetivo do direito natural.

É interessante todavia verificar que, malgrado as inúmeras críticas provocadas pelo direito natural moderno, os positivistas muitas vezes se aproximam,

1. Embora se ache em franco declínio, nos domínios da filosofia do direito, ficou o positivismo jurídico por demais generalizado entre os juristas de profissão. Em certos meios, dele ainda podemos dizer, com François Gény que é "a atitude habitual e corrente dos intérpretes do direito na hora atual", a "posição mais geralmente adotada pelos jurisconsultos" (François Gény, *Science et téchnique en droit privé positif*, II, Recueil Sirey, Paris, 1927, pág. 31 e *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª ed., II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, pág. 334).

sem o perceber, dos princípios fundamentais do direito natural clássico, nem sempre conhecido suficientemente pelos seus adversários.

## 1 — Concepção clássica de direito natural

A expressão *direito*, correspondente ao latim *ius*, é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de *iustum* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *iurisprudentia* (ciência do direito). Trata-se de um termo análogo, isto é, que tem sentidos diversos mas relacionados entre si.

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaborados arbitrariamente pelo legislador. Há uma justiça anterior e superior à lei escrita, há direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural.

Distinguia Aristóteles o justo por natureza, do justo por lei. E os mestres da jurisprudência em Roma afirmavam que, além do direito próprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana e, portanto, universal.

No século VII, Santo Isidoro de Sevilha entendia por direito natural as leis de procriação e conservação da espécie, comuns ao homem e aos animais, e as noções primeiras que são próprias dos seres racionais, neles produzindo efeitos conformes ao *aequum et bonum*. Mais tarde, o *Decretum* de Graciano inspirava-se nas lições de Santo Isidoro, e os escolásticos

2. Aristóteles, *Ethica Nicom.*, V. 7 (10). Ulpiano: D. 1.1.1,3 e 4. Gaio: D.1.1.9. Paulo: D.1.1.11. Institut. (Justin.), 1.2.1 e 11.

ensinavam ser a lei natural a participação da lei eterna no homem.[3]

Enfim, das fontes greco-romanas, aproveitadas na Idade Média, pelos canonistas e teólogos, resultou toda uma tradição doutrinária sobre a lei natural. Não obstante as multíplices variantes dessa tradição, é unânime a aceitação de um princípio superior de conduta, regra geral de toda ação humana, inerente à própria natureza e critério supremo da justiça e da eqüidade. Baseado na distinção entre o bem e o mal, o justo e o injusto, esse princípio é universalmente admitido, porque evidente, e assim pode formular-se: devemos praticar o bem e evitar o mal. É o direito natural, de que dizia Paulo: *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale.*[4]

Ninguém com maior elegância do que Cícero discorreu sobre a lei fundamental da ordem jurídica, essa *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna.*[5]

3. S. Isid., *lib. V Etymol.* e *Corpus Iuris Canonici, Decretum Grat.*, I.ª Pars, Dist. I e IV. Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I.ª, II.ªᵉ, q. 91, art. 2. Confirmando a doutrina das *Etymologias*, escreve o maior comentador de Aristóteles: *Est autem considerandum quod iustum naturale est ad quod hominem natura inclinat. Attenditur autem in homine duplex natura. Una quidem, secundum quod est animal, quae sibi et aliis animalibus est communis. Alia autem natura est hominis, prout scilicet secundum rationem discernit turpe et honestum. Iuristae autem illud tantum dicunt ius naturale quod consequitur inclinationem naturae communis homini et allis animalibus, sicut coniunctio maris et feminae, educatio natorum, et alia huiusmodi. Illud autem ius quod consequitur propriam inclinationem naturae humanae, scilicet ut homo est rationale animal vocant iuristae ius gentium, quia eo omnes gentes utuntur, sicut quod pacta sunt servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia huiusmodi. Utrumque autem horum comprehenditur sub iusto naturali, prout hic a Philosopho accipitur* (*In Ethic.*, lib. V, lec. 12). Quanto à distinção entre o *ius naturale* e o *ius gentium*, foge ao escopo deste trabalho. Note-se, no trecho citado, o princípio *pacta sunt servanda*, mais tarde retomado por Grócio.

4. D.1.1.11.

5. É este um dos mais belos trechos de Cícero, entre os muitos que nos deixou sobre a lei natural: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sem-*

A lei natural é conforme à natureza, *naturae congruens*. Por isso mesmo, é a *recta ratio*. Pois a natureza humana é racional e a lei natural não é mais do que a norma que diz: devemos proceder como homens, devemos agir racionalmente. [6]

Funda-se, portanto, a lei natural em a natureza racional do homem.

Temos da natureza humana um conhecimento que nos vem da experiência. Essa natureza é especificamente a mesma em todos os homens. Sendo um ser composto de espírito e matéria, deve o homem, pelo seu corpo, pagar tributo às leis físicas, mas, pela razão, domina a natureza e é senhor de seus atos. Livre e responsável, está sujeito a obrigações, e a razão aponta como obrigação fundamental, a de se conformar à lei da sua natureza. Tem o homem um fim pessoal, a própria felicidade, que só pode conseguir com o auxílio dos seus semelhantes, pelo que deve viver em sociedade, respeitando os direitos dos outros homens e satisfazendo às demais exigências da vida em comum.

As substâncias minerais e os organismos vivos dependem das leis físicas e biológicas. Vivendo no mundo material e tendo também um organismo, sofre o homem o efeito dessas leis. Mas o elemento espe-

*piterna; quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota obrogari potest; nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac: sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna et immutabilis continebit; unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit* (*De republica*, II, 22).

6. Só se fosse possível ao homem deixar de ser homem, poderia ele viver sem estar sujeito à lei natural: *Sine lege naturali essent si praeter naturam humani generis esse potuissent* (Santo Agostinho, *Enarrat. in Ps. CXVIII*, *Sermo* 25,4). É a mesma idéia expressa no citado trecho de Cícero; *cui qui non parebit, ipse se fugiet, naturam hominis aspernatus...*

cífico do homem é a razão. E por isso há uma lei natural especificamente humana, de essência racional e, portanto, moral.[7]

Porque a natureza humana é universal e permanente, universal e permanente deve ser a sua lei: *diffusa in omnes, constans, sempiterna*... Mas essa lei imutável nos dá apenas os primeiros princípios da moralidade; nas aplicações, terá que variar, como varia também a natureza humana enquanto se consideram as circunstâncias do ambiente, da época e do próprio indivíduo.

De tudo isto, podemos já concluir que:

1 — o direito natural é um direito essencialmente moral;

2 — o direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos primeiros princípios da moralidade.

Expliquemos melhor essas duas conclusões, que nos farão compreender o verdadeiro sentido do direito natural na sua concepção tradicional.

### 1. *O direito natural é essencialmente moral*

Toda lei se ordena para um bem, em vista de cuja consecução determina o que é preciso fazer, o que é proibido ou o que é simplesmente permitido.

A lei natural tem em vista o bem humano, isto é, o bem da natureza humana como tal. Trata-se de um conceito que não é puramente abstrato, mas que supõe um conhecimento experimental da natureza humana, das circunstâncias reais em que vive o homem, do que há de permanente e variável nele.

Tomamos aqui *natureza* no sentido de essência, e é preciso distinguir o que é natural, neste sentido, do espontâneo e do primitivo. Natural é o que cor-

7. "Moral" vem de *mos, moris* (costume). A lei moral é a regra dos costumes. Os costumes devem ser conformes à lei moral, e são viciosos sempre que a transgridem. O costume é um hábito, não congênito, mas livremente adquirido, i.é, adquirido pela repetição de atos livres e, portanto, racionais. A moralidade supõe um sujeito racional, livre e responsável.

responde à essência de um ser. Ora, a essência do homem, ou sua forma específica, nos é dada pela razão. Natural é, pois, no homem, o que se conforma à reta razão. E não é difícil perceber no homem certas inclinações naturais que se podem discernir dos apetites inferiores quando estes se opõem à razão. O bem humano é o que propriamente corresponde a tais inclinações. Pela lei natural, todo homem tem, por exemplo, direito à vida, direito a constituir família, direito ao produto do seu trabalho.

Entretanto, esses direitos devem ser exercidos na ordem social em que vive o homem e a qual também corresponde a uma inclinação de sua natureza. Ora, a sociedade não se pode manter sem que sejam limitadas as atividades dos indivíduos e os seus direitos. Donde o direito positivo, que determina concretamente os preceitos da lei natural, em vista das exigências do bem comum. Tem a pessoa humana direitos superiores à ordem social. Mas deve o homem, como parte do todo social, subordinar-se à coletividade.

Neste sentido, não se opõe ao direito natural clássico a idéia do direito positivo como conjunto de condições restritivas da liberdade para tornar possível a coexistência humana.

Dizemos que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem enquanto homem. Ao passo que o direito positivo tem por objeto o bem humano social. É verdade que o direito natural se aplica ao homem na sociedade — e não num hipotético estado de natureza em que cada um vivesse isolado — mas ele não é um simples corolário da sociabilidade humana, como o direito positivo. E o direito positivo, embora também seja moral, pelo seu fundamento — pois se funda na lei natural — caracteriza-se por uma técnica peculiar adaptada às exigências do bem comum.

## 2. *O direito natural é redutível aos primeiros princípios da moralidade*

Deve-se fazer o bem e evitar o mal: eis o primeiro princípio da lei da natureza, que contém vir-

tualmente todos os outros. Já dissemos que a lei natural ordena os nossos atos para o bem humano e que o bem humano corresponde às inclinações naturais do homem. Seguindo a ordem dessas inclinações, vamos encontrando os diversos preceitos da lei natural, os quais particularizam a idéia geral de que o bem humano deve ser feito.

Desses preceitos podemos tirar conclusões ainda mais particulares. Assim, por exemplo, uma das inclinações naturais do homem é para a conservação da própria vida. Daí resulta a propriedade como um direito conforme à lei natural, pois a vida humana não se pode manter sem que exerça o homem sobre as coisas da natureza, um domínio que lhe permita apropriar-se delas para satisfazer às suas necessidades pessoais.

Todas estas conclusões da lei natural resolvem-se naquele princípio generalíssimo — *o bem deve ser feito e o mal, evitado*

Esse princípio é de uma necessidade universal e de evidência imediata. Procurar o seu próprio bem quer dizer, para o homem, viver de acordo com a razão, isto é, conservar racionalmente a própria vida, a vida da espécie e a ordem social.

Ora, essa racionalização da vida é precisamente o objeto da moral. Eis por que os Tratados de Direito Natural, que se filiam à tradição cujas idéias se procura aqui resumir, cuidam de muitos assuntos de filosofia moral. [8]

O primeiro princípio da lei natural abrange todo o campo da moral, porque regula toda a conduta humana. Sempre deve o homem pautar seus atos pelas regras da reta razão.

E o objeto do direito natural coincide com o da moral, na parte em que esta trata dos deveres de justiça e na moral social.

As considerações que os diversos Tratados de Direito Natural fazem sobre a propriedade, o casa-

8. Cf. Taparelli D'Azeglio, Liberatore, V. Cathrein, J. Leclercq, A. Valensin, Meyer, Cepeda etc.

mento, os contratos, a vida associativa ou o Estado, formam o direito natural no sentido lato. Mas no seu sentido estrito, consiste o direito natural nos primeiros princípios de moralidade, concernentes à racionalização da vida, e que se reduzem, por sua vez, ao princípio generalíssimo que nos leva a praticar o bem e evitar o mal.

## 2 — Doutrinas modernas de direito natural

A tradição formada pelos filósofos gregos, os jurisconsultos romanos, os teólogos e canonistas da Idade Média, sofreu posteriormente um grande desvio, por influência do voluntarismo, racionalismo e do individualismo. O voluntarismo, ganhando terreno no período da decadência da escolástica, negava a existência do bem e do mal em si mesmos, atribuindo a lei natural a um decreto arbitrário de Deus e não mais a razão divina. É o precursor remoto do positivismo jurídico moderno. O racionalismo seccionava a lei natural da lei eterna, fazendo-a decorrer simplesmente da natureza humana. O individualismo, enfim, baseava a ordem jurídica, não no fundamento objetivo que é a lei natural, mas nos direitos naturais subjetivos.

A essas novas direções do pensamento se prendem os diversos sistemas de direito natural do século XVIII em diante.[9]

Entre tais sistemas há inúmeros pontos de contato, mas não é possível reduzi-los a certos princípios comuns, a exemplo do que se pode fazer com o direito natural clássico. A nova filosofia do direito não escapa à característica geral do pensamento moderno — a falta de continuidade. Grócio, por exemplo, se, pelo abuso das abstrações e do método dedutivo, faz jus ao título de fundador do direito natural

9. Não se trata de direções opostas. Kant e Rousseau, p. ex., são eminentemente racionalistas e individualistas.

moderno, por outro lado repete ensinamentos tradicionais e, ao contrário dos individualistas, acentua o caráter social do direito.[10]

Há, porém, em grande número dos autores que se filiam à "escola do direito da natureza e das gentes", ou ao *Naturrecht* dos alemães, alguns traços que embora não sejam constantes em todos eles, nem permitam chegar a uma síntese completa e harmoniosa, caracterizam de certa maneira os novos sistemas, especialmente em oposição ao direito natural clássico.

Não mais se nota aquela distinção que fora feita entre os primeiros princípios da lei natural e os preceitos secundários deles derivados. Transforma-se o direito natural em um sistema imutável deduzido *more geometrico* de um conceito abstrato da natureza humana e válido para todos os povos e todos os tempos, e que bem merece a famosa crítica de Augusto Comte à "política metafísica", acusada de "fazer predominar a imaginação sobre a observação" e estabelecer "o tipo eterno da mais perfeita ordem social, sem ter em vista nenhum estado determinado de civilização".[11]

Surge, assim, o direito natural como um conjunto de normas que deve servir de modelo às legislações positivas. Daí a definição de Oudot: "o direito natural é a coleção das regras que é desejável ver transformada imediatamente em lei positiva".[12] É a confusão do *direito natural* com o *direito ideal.*

10. Para um estudo completo dos modernos sistemas de direito natural, seria preciso analisar detidamente a obra de Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Locke, Leibniz, Thomasius, Wolf, Rousseau e Kant, bem como a de autores de menor projeção. Tal objetivo excede de muito a finalidade da presente dissertação, que não se destina a ser uma história da filosofia do direito. Trata-se apenas de mostrar, na medida do necessário para compreender a reação positivista, como os sistemas modernos de direito natural se opõem à concepção tradicional.

11. A. Comte, *Plan des travaux scientifiques nécessaires, pour réorganiser la société*, pág. 84, em apêndice ao t. IV do *Système de politique positive*, Carilian-Goeury et Vor. Dalmont, Paris, 1854.

12. Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, pág. 67, *apud* Beudant, *Le droit individuel et l'État*, A. Rousseau, Paris, 1891, pág. 37.

Além disso, como já foi visto, exageram-se os direitos subjetivos naturais, afirmando-se o princípio da autonomia da vontade, que exerceu influência preponderante em todo o direito moderno.[13]

Esses característicos, que se encontram em muitos autores racionalistas e individualistas, podem ser assim indicados num quadro comparativo em que se acentua a sua oposição ao direito natural clássico:

| DIREITO NATURAL | |
|---|---|
| *Conceito clássico:* | *Sistemas racionalistas e individualistas:* |
| 1. Primeiros princípios da moralidade, cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana. Caráter permanente e variável do direito natural, conforme se trate dos princípios primeiros ou de suas aplicações. | 1. Sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata de natureza humana. |
| 2. Fundamento do direito positivo. | 2. Ideal do direito positivo. |
| 3. Primado da lei natural, fundamento objetivo do direito. | 3. Predomínio dos direitos naturais subjetivos. |

## 3 — A negação do direito natural

Nas suas críticas do direito natural, os positivistas não tiveram o cuidado de distingüir precisamente

13. A liberdade é, para Rousseau e Kant, o direito fundamental, em função do qual se constitui toda a ordem jurídica. Hobbes e Spinoza, por sua vez, haviam identificado o direito natural com o poder físico.

entre as doutrinas modernas e a concepção clássica. É o direito ideal e abstrato, isto é, a corrupção do autêntico direito natural, que constitui dessas críticas o alvo predileto.

Conhecessem bem os positivistas a concepção tradicional do fundamento da ordem jurídica e não lhes aconteceria negar com palavras uma idéia que se encontra, por vezes, implícita no seu pensamento. Contradizem-se a si mesmos os adversários do direito natural, pois apresentam conceitos equivalentes ao objeto de suas negações, como se verá no capítulo seguinte.

Uma das questões freqüentemente suscitadas pelos positivistas é a que diz respeito à universalidade e imutabilidade da lei da natureza.

Diante das variações da moral e do direito, no espaço e no tempo, apregoam os positivistas o mais completo relativismo, dando o valor de uma crítica decisiva à *boutade* de Pascal: *Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà...*

Ou há um direito invariável, ou não há direito natural. Assim raciocinam os positivistas. E da inegável diversidade dos sistemas jurídicos, atestada por uma série imensa de fatos colhidos nas páginas da história e nas informações da etnologia, concluem triunfantes que a velha idéia do direito natural não resiste a uma severa crítica científica.

Mas a argumentação é falha. Não basta confrontar com as observações dos fatos sociais somente os sistemas de direito natural que têm a pretensão de estabelecer um tipo perfeito e imutável de toda a ordem jurídica positiva. Segundo a genuína concepção de direito natural, os predicados de universalidade e imutabilidade valem para os primeiros princípios, mas à medida que se vai descendo ao particular e contingente, nas aplicações da lei da natureza, mais variável e relativa se torna esta.

A proposição disjuntiva — ou há um direito invariável, ou não há direito natural — é, pois, incom-

pleta se se trata de todos os preceitos da lei natural; só é legítima com relação aos primeiros princípios.

Sobre este assunto, cumpre ainda distinguir a lei natural *em si mesma* e no *conhecimento* que dela temos.

Quanto aos primeiros princípios, a lei natural é universal e permanente em si mesma, e é de todos igualmente conhecida sem possibilidade de erro. Tais princípios são conaturais à razão humana. Impõem-se pela própria evidência. A ninguém é preciso, nem seria possível, demonstrar que deve fazer o bem e evitar o mal. E aí está uma verdade mais certa que qualquer outra verdade de ordem prática, pressuposto necessário de toda e qualquer ação. É assim também que todo homem sabe que deve respeitar os direitos alheios e dar a cada um o que é seu.

Quanto aos preceitos secundários, a lei natural nem sempre é invariável, mas só na maioria dos casos, e ainda quando o é, pode não ser igualmente conhecida.

Compreende-se que a lei natural varie nas suas aplicações, dada a extrema contingência de sua matéria. Nisso está uma diferença de capital importância entre a lei moral e a lei física, as ciências práticas e as ciências puramente especulativas. Se nestas últimas, tanto os primeiros princípios como as conclusões são invariáveis, o mesmo não se dá nas ciências que têm por objeto a ordenação do agir humano. É sempre verdade que a soma dos ângulos de um triângulo é igual a dois ângulos retos, e que os corpos se atraem na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias. Mas nem sempre se deve pôr em prática num preceito particular da lei natural, pois há circunstâncias que o alteram ou tornam dispensável. Seja o conhecido exemplo da obrigação de restituir uma coisa dada em depósito. Trata-se de um preceito secundário da lei natural, aplicação do princípio geral de justiça — dar a cada um o que lhe pertence. Suponhamos que eu tenha recebido uma arma em depósito. Se o depositante ou proprie-

tário pedir a devolução dessa arma para cometer um crime, é claro que eu não devo entregá-la.

Finalmente, o conhecimento dessas aplicações da lei natural não é o mesmo em todos os homens e pode ser prejudicado por causas acidentais, como a força das paixões, os maus costumes ou o diverso desenvolvimento da razão e da civilização. É o que explica o fato de alguns povos terem chegado a considerar lícitos o furto ou a antropofagia.

Aliás, os recentes dados de uma etnologia rigorosamente objetiva revelam, nos povos primitivos, um conhecimento da lei natural mais perfeito do que neles supunham os evolucionistas do século passado.

Na verdade, são os povos degradados pelos maus hábitos e as paixões, os que corrompem o direito natural, sem perderem, contudo, as noções mais elementares dessa lei que "para todas as nações e em qualquer época, é una, eterna, imutável".

Esses desvios do direito natural, em suas aplicações pelo direito positivo, mostram que há leis justas e injustas, mas não provam que não há direito natural.

Que é uma lei injusta? É uma lei contrária à razão e que, por isso mesmo, não é verdadeira lei. Dá-se, algumas vezes, a forma extrínseca do direito positivo ao que, por não ser justo, não é um direito. Eis por que Vico apodava as leis injustas de *monstra legum*. E Olgiati pondera que, não obstante falar em direito seja o mesmo que falar em justiça, há um direito positivo justo e um injusto, assim como o conceito de arte se reduz ao belo mas, empiricamente, há obras de arte bonitas e feias. [14]

14. F. Olgiati, *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Giuffrè, Milão, pág. 119. À pág. 105 do mesmo ensaio, escreve o autor: "No direito natural, o que é justo resulta da natureza da realidade; e nisso não entra a vontade humana. Cabe-nos apenas reconhecer, com a inteligência, a existência duma relação de justiça, e respeitá-la praticamente com a vontade; mas a *voluntas* nada tem que fazer com a *natura rei*, quando esta existe. É verdade que a *voluntas* é freqüentemente geradora dessa relação; mas uma vez posta tal relação, é a *natura*

Por outras palavras, o direito natural é a expressão mesma da justiça, ao passo que o direito positivo pode, de fato, ser injusto, por violar o direito natural.

Ao direito positivo injusto e às leis injustas, damos o nome de direito e de lei por analogia. Carecem do senso da analogia todos aqueles que, privados da plasticidade de espírito necessária para bem distinguir as coisas, querem encontrar no direito natural elementos característicos do direito positivo.

É o caso dos que negam o direito natural porque não há direito sem coação.

Qual é o seu raciocínio? Consideram eles que a coação é elemento essencial do direito positivo, e como o direito natural seja desprovido de coação, negam o direito natural. Ora, isto equivale a dizer que o direito natural não existe... porque não é um direito positivo!

Mesmo que se admita — o que é bastante discutível — ser a coação imprescindível ao direito positivo, daí não se pode inferir a negação do direito natural. Resta saber ainda se ao legislador positivo é lícito sancionar quaisquer preceitos, ou se ele precisa conformar-se às exigências da justiça expressa pelo direito natural. Resta saber se, além do direito coativo, existe ou não outro direito.

A existência de elementos próprios do direito positivo não impede que se reconheça o direito natural. Nem se deve evidentemente procurar no direito natural o que é peculiar à ordem jurídica positiva.

*rei*, e não a *voluntas*, que a faz ser o que ela é. Ao contrário, no direito positivo, o que é justo é determinado *também* e algumas vezes *somente* pela vontade.... Por tal motivo, no direito natural *o que é* coincide com *o que deve ser* e não há possibilidade de uma oposição entre a ordem ontológica e a ordem deontológica; no direito positivo — pela intervenção sempre necessária da *voluntas* — podemos ter *o que é* bem diverso do que *deve ser*, isto é, podemos ter um direito positivo oposto à justiça". Quanto à citada expressão de Vico, cf. *De uno universi iuris principio et fine uno*, c. LXXXIII.

Não é no mesmo sentido que se diz *direito* do direito natural e do direito positivo. *Ius pluribus modis dicitur*, já ensinava o bom senso dos romanos. [15] O direito não é um termo unívoco — como querem os positivistas — nem equívoco, mas análogo. O direito natural é justo em si mesmo. O direito positivo é justo enquanto o corrobora ou pelas legítimas determinações do poder social competente. Na medida em que se afasta do direito natural, torna-se o direito positivo um direito injusto.

Postos estes esclarecimentos, indispensáveis para julgar o positivismo jurídico, entremos no exame de algumas doutrinas positivistas com relação ao fundamento do direito.

15. D.1.1.11. Segue-se, no mesmo trecho do Digesto, a distinção feita por Paulo entre *ius naturale* e *ius civile*, isto é, direito natural e direito positivo. Já vimos que a palavra *direito* tem várias significações. A maioria dos autores hodiernos limita-se a assinalar estas duas: *direito objetivo* (lei) e *direito subjetivo* (poder moral de agir conforme a lei, exigindo o que nos é estritamente devido). Quando se fala em direito natural e positivo, é preciso atender ao sentido que se tem em vista. Assim como há uma lei natural e uma lei positiva, há também direitos subjetivos naturais e direitos subjetivos positivos.

Capítulo II

# O POSITIVISMO JURÍDICO E O FUNDAMENTO DO DIREITO

Não é tão simples quanto pode parecer à primeira vista conceituar o positivismo jurídico.

Desde Arquelau e Aristipo, na antigüidade, até Gurvitch e Alexeiev, em nossos dias, tem ele revestido as mais diversas formas.

Encontramo-lo no utilitarismo inglês, no sistema filosófico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas aplicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, inúmeros são os partidários de um positivismo sociológico, confinando, conforme o caso, pelos limites das ciências naturais, da psicologia ou da história: aqui se enquadram o evolucionismo de Spencer, a orientação psicológica predominante nos estudos de filosofia jurídica dos positivistas italianos e a escola histórica do direito.

No positivismo costuma-se incluir o nome de Rudolph von Ihering, a cujo sistema, construído em torno da noção de finalidade do direito, podemos denominar positivismo teleológico.

Como Ihering, contribuíram para a difusão da mentalidade positivista na Alemanha certos tratadistas de direito público que faziam do Estado a fonte única do direito, p. ex., Laband e Jellinek.

Positivistas são Georges Gurvitch e Georges Ripert, mas cada qual a seu modo.

Gurvitch propõe, para substituir o direito natural, o "direito positivo intuitivo", que coexiste com o direito positivo formal, fundamentados ambos na autoridade dos "fatos normativos". Seu sistema é uma curiosa combinação de doutrinas metafísicas e sociológicas, que ele próprio classifica de "ideal-realismo".

Ripert, contestando igualmente a existência do direito natural, julga, entretanto, que deve a ordem jurídica ter uma base moral, inspirando-se os legisladores e os juízes, ao elaborar e aplicar o direito, nas concepções morais do Cristianismo, em que se estrutura a nossa civilização: é um moralismo positivo ou positivismo jurídico-moral. [1]

Acentuado é o positivismo das correntes que procuram criar uma ciência jurídica independente da filosofia geral: a *Allgemeine Rechtslehre* de Merkel e Bergbohm, a *Analytical School of Jurisprudence* de Austin ou o *droit pour* de Edmond Picard.

Próxima dessas orientações está a tendência dos que reduzem o direito à lei escrita, fazendo desta a fonte única do direito e também o seu fundamento: *ius quia iussum est*. Trata-se de uma forma ingênua do positivismo jurídico, a se refletir no formalismo dos que aceitam a idéia da "plenitude logicamente necessária do direito positivo". [2]

1. Positivismo jurídico-moral, porque, eliminada a lei natural, restam apenas o direito positivo e a moral positiva (leis positivas humanas e divinas). Rejeitando o conceito racional de direito natural e substituindo-o pela moral cristã (lei divina positiva), Ripert incorre num fideísmo absolutamente inaceitável, esquecendo-se de que a moral cristã supõe o direito natural como a graça supõe e não destrói a natureza. No seu conhecido livro *La règle morale dans les obligations civiles*, adota Ripert um critério estritamente sociológico, preconizando a moral dominante no meio social.

2. Temos falado em *fontes* e *fundamentos* do direito. *O fundamento* do direito pode considerar-se sua fonte racional (*ratio iuris*). Mas no sentido estrito, *fonte de direito* é o órgão revelador da norma jurídica, com autoridade para impô-la num determinado meio social. Segundo a "escola de exegese", que tanta fortuna teve na França, só a lei escrita é fonte de direito. Isto não exclui necessariamente o direito natural como fundamento do direito positivo, isto é, das leis escritas. No entanto, parece fora de dúvida que a "escola de exegese" muito contribuiu para desenvolver, entre os juristas, o hábito de aplicar e respeitar os textos legislativos

O conformismo que vai nessa atitude de aceitação passiva e benévola do direito vigente, facilmente pode levar ao ceticismo jurídico, que considera o direito expressão passageira duma certa ordem de coisas representando ou a vontade dos mais fortes, ou os preconceitos e convenções de uma classe social. Tal é o positivismo dos marxistas, que dão ao direito, como a tudo o mais, na sociedade, um fundamento econômico, caindo, assim, no mais radical materialismo.

Note-se, finalmente, que até mesmo entre certos mestres do direito natural moderno se pode encontrar uma forma de positivismo jurídico. É o caso de Hobbes e Rousseau.

Singular, a doutrina de Hobbes: o direito positivo é criação do poder absoluto do Estado e surge em oposição ao *ius naturale,* que corresponde ao instinto libertário dos homens. Pelo *ius naturale* teriam os homens direito sobre tudo e sobre todos; seriam, desse modo, levados ao *bellum omnium contra omnes.* Donde a organização social e jurídica, visando garantir a ordem e a paz. Hobbes é um dos mais extremados e lógicos positivistas. Como fruto de suas deduções, deixou-nos uma teoria completa do Estado totalitário. [3]

Quanto ao paradoxal escritor genebrino, coloca o fundamento do direito positivo no contrato social, que dá ao Estado um poder absoluto sobre todos os indivíduos, sendo o direito natural um sistema à parte, concebido idealmente pela razão. [4]

como se aí estivesse todo o direito. É o positivismo legalista, supondo na lei uma perfeição excessiva e acreditando nela encontrar solução para todos os casos da vida jurídica, o que implica o desconhecimento da pluralidade real das fontes de direito e uma restrição exagerada do poder do juiz.

3. É a tese sustentada por J. Vialatoux em seu livro *La Cité de Hobbes.* Com Vialatoux, devemos ver em Hobbes um sistematizador do Estado totalitário, sem pretendermos atribuir-lhe nenhuma paternidade sobre doutrinas políticas posteriormente em curso na Alemanha e na Itália, geralmente de inspiração idealista.

4. Sobre o direito natural em J. J. Rousseau, leia-se o seu *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les*

Através das multíplices direções acima exemplificadas podemos distinguir, no positivismo jurídico, os três seguintes aspectos:

1 — o que reduz todo direito ao direito positivo, sem admitir nenhuma espécie de direito natural (exemplo: o "direito puro" de Picard);

2 — o que atribui um valor intrínseco absoluto ao direito positivo, negando-lhe um fundamento suprajurídico, mas admitindo também um direito natural (exemplo: o positivismo de Rousseau);

3 — o que fundamenta o direito positivo em uma lei superior, de ordem cósmica ou sociológica (exemplo: o sistema de Spencer).

O primeiro equivale simplesmente à negação da filosofia do direito. Atitude análoga foi a dos que, no domínio das ciências físicas e naturais, pretenderam separar as ciências particulares da filosofia.

E se este cientificismo já passou de moda, após a crítica decisiva de E. Boutroux, H. Poincaré, P. Duhem, E. Meyerson, H. Driesch e tantos outros, o mesmo sucede com tal forma de positivismo jurídico, que vai perdendo todo o seu prestígio de outrora, graças à reabilitação do direito natural.

O segundo aspecto discriminado vem a dar na mesma conseqüência negativa do precedente. Pelo que respeita ao direito natural, é este concebido não como o fundamento da ordem jurídica, positiva, mas como um direito primitivo e hipotético. E o direito positivo continua a valer por si próprio, sem necessidade de outro princípio que o justifique.

Resta-nos examinar o positivismo jurídico dos que reconhecem a existência de uma norma superior à ordem jurídica positiva e fundamento desta. Mesmo quando essa norma é concebida à maneira das leis físicas ou das leis da vida, isto é, como simples expressão de um fato, implica, a bem dizer, um verdadeiro direito natural, que é, aliás, explicita-

*hommes*. Sobre o positivismo jurídico do mesmo autor: *Du contrat social*, Livro I, caps. I e VIII e Livro II, cap. IV.

mente reconhecido por muitos. É o que procuraremos demonstrar, analisando a doutrina de alguns autores particularmente característicos desta forma de positivismo jurídico e dignos de menção pela grande influência que exerceram.

## 1 — Spencer e Pedro Lessa

Aplicando os princípios gerais do evolucionismo transformista, que considera o homem o produto mais aperfeiçoado da escala zoológica, ensina Spencer que a moral humana é um desenvolvimento da moral praticada pelos animais inferiores. Assim, a justiça entre os homens tem a mesma natureza que a justiça infra-humana, formando, uma e outra, partes de um todo contínuo.

Ora bem, do que decorre a justiça na "moral animal"?

Para respondermos a essa questão, limitando-nos estritamente ao pensamento de Spencer, devemos antes lembrar o conceito de filosofia moral no sistema do grande mentor do evolucionismo, conceito esse que acusa a influência utilitarista, tão pronunciada na filosofia inglesa.

Segundo Spencer, a ética deve cuidar da conduta em geral considerada objetivamente enquanto produz bons ou maus resultados. A conduta é o complexo dos atos ajustados a um fim, ou melhor, o ajustamento dos atos aos fins. A mais perfeita conduta é a que assegura uma vida mais longa, ampla e completa. Medem-se os bons e maus resultados, pela utilidade que os atos acarretam para a conservação da espécie e do indivíduo.

Há, na ética animal, dois princípios cardeais e opostos: 1.º) — na "infância" dos animais, são-lhes conferidas vantagens na razão inversa de suas aptidões individuais; 2.º) — na "idade adulta", ao contrário, as vantagens se distribuem na razão direta do mérito, sendo este determinado pela adaptação do indivíduo às condições de existência. A persistência

desses dois princípios essenciais e opostos assegura a conservação da espécie, sendo o primeiro a lei que rege a família, composta de adultos e pequenos, e o segundo a lei que rege a espécie enquanto se compõe de adultos. Este segundo princípio implica a *sobrevivência dos mais aptos* e é daí que Spencer faz derivar a noção de justiça.

A lei de sobrevivência dos mais aptos é simplesmente a expressão de um fato. Padecem alguns as conseqüências de sua adaptação defeituosa, enquanto outros, mais felizes, fruem os benefícios de uma adaptação mais perfeita. A natureza de cada um impõe-lhe sua linha de conduta, a cujas conseqüências incoercíveis cumpre submeter-se.

Lei geral de toda a biologia, a sobrevivência dos mais capazes também se manifesta nas relações recíprocas entre as partes de um organismo e na adaptação da espécie ao meio em que se encontra. Dela resulta a justiça que se encontra nos animais brutos, a qual consiste em cada indivíduo receber os benefícios e arcar com os efeitos nocivos da sua natureza e da conduta correspondente.

Tal é a lei da justiça infra-humana. E se a justiça humana é um desenvolvimento ulterior dessa justiça própria aos seres vivos mais simples que o homem, tal será também a sua lei. Com efeito, a conservação da espécie humana é igualmente assegurada pela lei em virtude da qual os indivíduos adultos melhor adaptados às condições de sua vida são os que mais prosperam.

No que é útil à conservação da espécie, reside, pois, o critério do bem para Spencer. E seu sistema de moral depende deste postulado, aliás expresso nas primeiras páginas da "Justiça": a conservação da espécie é o sumo bem. [5]

5. Spencer fala em "postulado hipotético". Dessa hipótese — "a preservação e a prosperidade da espécie são desejáveis" — tira uma conclusão geral e desta, por sua vez, tira três corolários de extensão mais limitada: "A conclusão absolutamente geral é que, na hierarquia das obrigações, a preservação da espécie deve prevalecer sobre a do indivíduo... Em caso de conflito, a pre-

Deixando de lado as disquisições de Spencer sobre o sentimento e a idéia de justiça, que são antes capítulos de psicologia que de moral, vamos logo à sua famosa fórmula de justiça aplicada ao homem.

Eis o enunciado da fórmula em questão: "Todo homem é livre de agir como queira, desde que não infrinja a igual liberdade de qualquer outro homem".

Precede-a Spencer de uma explicação, onde declara que tal fórmula deve ser positiva "enquanto afirma a liberdade de cada homem, que deve gozar e sofrer os resultados, bons ou maus, de suas ações" e negativa "enquanto, afirmando essa liberdade para todo homem, implica que ele só possa agir livremente sob a restrição imposta pela presença dos outros homens que têm direito à mesma liberdade". O elemento positivo exprime a condição prévia da vida em geral. O elemento negativo modifica essa condição prévia em vista das particularidades da vida em sociedade.

servação do indivíduo deve, pois, em medida que varia com as circunstâncias, subordinar-se à da espécie" (H. Spencer, *Justice*, § 4). No primeiro dos corolários que se seguem dessa conclusão geral, volta Spencer a enunciar a lei da sobrevivência dos mais aptos: "Os adultos devem conformar-se à lei segundo a qual as vantagens obtidas estão em razão direta dos méritos possuídos, sendo estes apreciados pelo grau do poder de auto-sustentação. Do contrário, a espécie sofreria de duas maneiras, a saber: sofreria, num futuro imediato, pela perda dos indivíduos superiores que seriam sacrificados aos inferiores com prejuízo da soma total de bem-estar; sofreria, num futuro mais remoto, pela propagação de seres inferiores entravando a dos superiores e levando a uma deterioração geral da espécie, que acabaria por acarretar a sua extinção" (Spencer, *Justice*, § 4). "Se a preservação de uma espécie particular constitui um *desiderato* — termina Spencer — resultará para ela uma obrigação a que chamaremos, segundo as circunstâncias, uma obrigação quase ética ou ética de se conformar a essas leis" (Spencer, *loc. cit.*). Os demais trechos citados de Spencer acham-se na mesma obra, §§ 27 (fórmula da justiça), 36 e 38 (corolários dessa fórmula). Na edição das obras completas de Spencer, cf. §§ 272, 281 e 283 respectivamente (in H. Spencer, *The Principles of Ethics*, II, *Part* IV: *Justice*). Quanto à definição de conduta: *The Principles of Ethics*, I, *Part* I, *The Data of Ethics*, § 2.

Corolários da fórmula de justiça são os diversos direitos subjetivos ou liberdades individuais, como os direitos à integridade física, à liberdade de locomoção, à propriedade, de doar e legar, de contratar livremente etc. Admitindo-se que o homem deve gozar uma certa soma de liberdade, afirma-se que ele tem o direito de gozá-la. Provado que, num caso ou noutro, todo homem é livre de agir até um certo limite, mas não além, está implicitamente estabelecido ser *justo* possuir a liberdade assim definida. Donde o concluir Spencer: "é racional aplicar às diversas liberdades particulares, demonstradas por dedução, o nome de *direitos*, que lhes dá a linguagem ordinária".

E antes de iniciar o estudo particularizado de cada um daqueles corolários da fórmula de justiça, declara ainda o mestre do positivismo evolucionista: "Longe de derivarem da lei escrita, são os direitos propriamente ditos que a esta conferem a sua autoridade".

Isso quer dizer que há direitos subjetivos naturais, decorrentes da fórmula de justiça, fórmula esta que corresponde ao direito natural objetivo ou lei natural.

Determinar concretamente os direitos subjetivos e organizar, para a plena realização da fórmula de justiça, as condições da vida gregária — tal é o objeto do direito positivo.

Enfim, o direito resulta de um princípio que é expressão da natureza social do homem e que, por sua vez, se prende a um princípio mais geral, que domina a conduta universal, o da conservação da espécie.

Funda-se, portanto, o direito numa lei natural e há um princípio superior às leis positivas pelo qual podemos avaliar o justo e o injusto.

De Spencer afirmou Icilio Vanni que, com a sua doutrina sobre a justiça, não fez senão reproduzir de forma biológica a idéia do direito natural. [6]

6. Icilio Vanni, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2.ª ed., Zanichelli, Bologna, 1906, págs. 277, 321 e 337.

É o que efetivamente nos revela a leitura atenta de sua obra.

E a mesma afirmação do direito natural, com caráter biológico, ou melhor, biossociológico, encontramos em quem foi, no Brasil, o maior representante do positivismo jurídico evolucionista, Pedro Lessa.

Nos seus *Estudos de filosofia do direito,* ao criticar o método da escola histórica, escreve o festejado professor, que tão larga influência exerceu sobre gerações outrora passadas pela Faculdade de Direito de S. Paulo: ... "na escola histórica não há lugar para os princípios fundamentais, universais e permanentes, do direito. Nem tampouco se compreende o direito ideal.

"Entretanto, se todas as nações e todos os povos têm sido impelidos pela natureza das coisas à formação de um conjunto de normas jurídicas, se a necessidade do direito se impõe a todas as agremiações humanas, a conclusão a que devia chegar a escola histórica é a oferecida por Spencer, quando demonstra que o direito é um princípio orgânico da sociedade (*Justice,* caps. 2, 3, 4, 5 e 6).

"A legislação de cada povo nada mais é do que uma série de preceitos, apoiados em certas verdades fundamentais, em certos princípios de ordem social. Desconhecer esse resíduo de todas as legislações escritas e consuetudinárias, equivale a supor que a fauna e a flora de todos os países, dadas as sensíveis diferenças de clima e de solo, não estejam sujeitas às mesmas leis biológicas fundamentais. Que são as divergências das instituições jurídicas, ao lado das alterações que uma mesma espécie vegetal ostenta em conseqüência do influxo de elementos cósmicos diversos? As auranciáceas que no Jardim das Tulherias se exibem às nossas vistas sob a forma de enfezados arbustos, que só vivem graças aos meticulosos e inexcedíveis cuidados de que as cercam desde os tempos de Francisco I, e as que se estiolam no Jardim das Hespérides, em Cannes, produzindo frutos mofinos e acres, são as mesmas plantas que, árvores

frondosas e luxuriantes, tanto nos encantam a vista, o paladar e o olfato na zona intertropical.

"O filósofo que indutivamente sobe de generalização em generalização, é obrigado a reconhecer que toda a legislação, em qualquer país e em qualquer período histórico, repousa em princípios fundamentais, necessários, sempre os mesmos.

"Neguem, se quiserem, a esses princípios o qualificativo — jurídicos; digam que há uma *lei natural,* e não um *direito natural,* como querem alguns; afirmem, como pretendem outros, que são *princípios sociológicos,* que devem ser estudados na *sociologia jurídica,* ou na *história natural do direito, "lo cierto es que la cosa queda siendo la misma"* (Dorado Montero, *El positivismo en la Ciencia Jurídica y Social Italiana,* pág. 175)".[7]

Mais adiante, escreve Pedro Lessa: "Qualquer que seja a necessidade ou a força, que arrasta ou prende o homem à vida social (e acerca deste ponto são tantas as teorias dos sociólogos!) o que é indubitável, e a observação de todos os tempos o atesta, é que não existe, nem se compreende, o homem fora da sociedade. Eis aí uma verdade geral do domínio da sociologia; uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza, lei obtida pela indução".[8]

Como Aristóteles, ensinando ter o homem uma natureza social, e Grocio, fazendo do *appetitus societatis* o princípio do qual decorre o direito, também Pedro Lessa reconhece que a sociabilidade é "uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza" e aí encontra os princípios fundamentais da vida jurídica: "uma verdade superior a qualquer veleidade de negação, e que por isso se transformou em estafado lugar-comum, é esta lei, resultado da observa-

7. Pedro Lessa, *Estudos de Filosofia do Direito,* 2.ª ed. Livraria Francisco Alves, 1916, págs. 34, 35, 36. Aliás, Pedro Lessa declara admitir a existência do direito natural (cf. *op. cit.,* págs. 13 e 14, em prefácio à 1.ª ed., e págs. 46, 47 e 404), escapando, assim, à contradição em que muitos positivitas caíram por se obstinarem em não reconhecer expressamente uma idéia que se encontra implícita no seu pensamento.

8. P. Lessa, *op. cit.,* pág. 40.

ção direta e indireta, em todos os pontos do espaço e do tempo: a sociedade é o meio em que fatalmente o homem vive e se desenvolve. Eis uma verdade científica, obtida pela indução.

"Verdade no mesmo gênero, *lei* no sentido científico do termo, ainda é esta: dada a vida social, a limitação das atividades individuais, condição sem a qual não se compreende a sociedade, é imposta pelo instinto de conservação, pela inteligência e pelo sentimento.

*"O homem somente vive em sociedade, no ambiente social. É condição essencial da existência da sociedade a limitação das atividades individuais.*

"Aí estão duas leis fundamentais, gerais, que formam a base da ciência do direito. O direito é a limitação da atividade dos homens na sociedade". [9]

Parecem os trechos, que aí ficam, comprovar suficientemente o que foi dito acima: como Spencer, admite Pedro Lessa um direito natural de fundamento biossociológico.

## 2 — Icilio Vanni e Micelli

Dissemos que no positivismo jurídico italiano predomina uma orientação psicológica. É o que já se percebe em Roberto Ardigó, tido por sistematizador do positivismo naquele país. [10]

Na obra de Ardigó, que exerceu grande influência mesmo fora da ciência jurídica, encontra-se, para indicar a mesma idéia de Spencer e Pedro Lessa, uma expressão que foi por este último reproduzida: "o

9. P. Lessa, *op. cit.*, pág. 121.

10. Cf. H. Gruber, *Le positivisme depuis Comte jusqu'à nos jours*, trad. Ph. Mazoyer, Lethielleux, Paris, 1893, pág. 428; W. C. Sforza, *Lineamenti storici della filosofia del diritto*, Vallerin, Pisa, pág. 220; R. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, Pédone, Paris, 1939, págs. 25 e 26.

direito é a força específica do organismo social, assim como a afinidade é a força específica das substâncias físicas e a vida dos organismos individuais". [11]

Mas é em autores que trataram mais especialmente da filosofia do direito, como Icilio Vanni e Micelli, que melhor podemos apreciar o positivismo jurídico italiano e a natureza psicossociológica por ele atribuída à lei fundamental da ordem jurídica.

O sistema de Vanni é pelo próprio autor denominado "positivismo crítico". Sua obra não prima pela originalidade, revelando a cada passo a influência de autores ingleses, como Spencer e Sumner Maine, ou alemães, como Herbart e Wundt. Oferece, porém, amplas perspectivas filosóficas, graças à importância atribuída à teoria do conhecimento como pressuposto da filosofia jurídica e à distinção feita entre a deontologia e a fenomenologia do direito. Neste ponto, sobrepõe-se Icilio Vanni à tendência muito comum no seu tempo, de assimilar o direito e as outras ciências sociais às ciências naturais. Afirma o caráter específico das leis morais em face das leis da natureza, distingue o ponto de vista teórico do ponto de vista prático, mostrando que não basta conhecer a formação do direito enquanto realidade histórica e fenômeno da vida social, mas cumpre também pesquisar-lhe o fundamento intrínseco. Assim procura chegar à *valutazione etica* do direito.

Por aí já se vê que grande divergência separa Icilio Vanni de Spencer, apesar das afinidades existentes entre ambos. Para Icilio Vanni, a lei biológica da sobrevivência dos mais aptos não tem todo o valor que lhe dá Spencer. Também Vanni deduz o fundamento do direito das "condições de existência humana no estado de associação"; entretanto, esse fundamento tem, a seu ver, não uma natureza biológica, mas psicológica e social.

É o direito "um fenômeno psicocoletivo que tem raízes na consciência social e sobretudo nas manifes-

11. P. Lessa, *op. cit.*, pág. 34.

tações desta que representam o querer coletivo; é, pois, nas profundas vísceras da psicologia social que se deve procurar a explicação do direito".[12]

Elementos específicos e diferenciais caracterizam a sociedade humana, distinguindo-a nitidamente das sociedades animais. A evolução social é determinada por um "motor psíquico" e apresenta uma forma especial, a "forma histórica".

Donde a seguinte definição de filosofia do direito: "A filosofia do direito é a ciência que, ao mesmo tempo que integra a ciência jurídica na unidade dos seus princípios mais gerais, liga o direito à ordem universal, em relação à qual explica a sua formação histórica na sociedade humana e investiga, do ponto de vista ético, as suas exigências racionais".

Ora, afirmar que o direito depende da ordem universal; que ele se funda nas condições de existência do homem no estado associativo e que, por sua vez, esse estado é natural ao homem; enfim, que há uma natureza humana específica em função da qual devemos procurar a *valutazione etica* do direito — tudo isso não é reconhecer a existência de um fundamento objetivo e natural da ordem jurídica?

Não admira, pois, que Icilio Vanni, opondo-se ao relativismo jurídico, declare que os elementos comuns da evolução jurídica se explicam, antes de tudo, pela comum natureza humana e a uniformidade das condições sociais.

É verdade que, passando do ponto de vista fenomenológico para o deontológico, diz o autor em questão que a distinção entre as idéias de justiça e legalidade não existe nos grupos humanos primitivos. É o desenvolvimento do espírito crítico, na consciência social dos povos adiantados, que permite distinguir o justo em si do simplesmente prescrito pela autoridade. Dá-se com os povos o mesmo que com os indivíduos: a criança identifica a noção de bem e a de

12. I. Vanni, *op. cit.*, pág. 34. Para as referências precedentes e seguintes: págs. 19, 26, 214, 236, 237, 265, 266, 311, 312 e 398.

justo com as ordens dos superiores, até que, com o desenvolvimento da consciência moral e independente, procura as razões intrínsecas do bem e do justo (sic).

Tal opinião só se compreende nos que aceitam a hipótese de ser a mentalidade do homem primitivo essencialmente diversa da mentalidade do homem civilizado. Trata-se, no caso, de uma explicação da origem do sentimento de justiça, que não obsta a que Vanni reconheça a existência do *justo em si*, de um fundamento intrínseco do direito, do caráter de necessidade moral das normas jurídicas.

Vimos que Icilio Vanni denunciou na fórmula de justiça de Herbert Spencer um disfarce da idéia de direito natural. Pois o próprio Vanni admite esta idéia, posto que forcejando por afastá-la de suas cogitações.

"O direito não existe na natureza — escreve Vanni — é radicalmente errado o conceito de um direito proveniente da natureza... na natureza não podem existir normas, porque estas são um fato social, o resultado de um processo que supera a natureza, o processo da história". [13]

Entretanto, é o mesmo autor quem declara peremptoriamente: "O que há de verdadeiro na doutrina do direito natural é a idéia de um fundamento intrínseco do direito na natureza mesma das coisas". [14]

Que mais será necessário para confessar a existência do direito natural?

Micelli, professor da Universidade de Pisa, considera igualmente o direito um fato social e psicológico, produto da consciência coletiva, através de um trabalho lento e contínuo de ações e reações psíquicas de que se conhecem os resultados, mas cujo processo se ignora por completo. [15]

13. I. Vanni, *op. cit.*, págs. 279 e 280.

14. I. Vanni, *op. cit.*, pág. 281.

15. V. Micelli, *Principii di Filosofia del Diritto*, 2.ª ed., Società Editrice Libraria, Milão, 1928, págs. 638 a 654. Refere-se Micelli às duas grandes correntes que contribuíram para formar a idéia da origem psicossociológica do direito: a escola histórica de

A consciência coletiva é o conjunto de produtos espirituais elaborados pelas consciências de cada indivíduo e que se difundem e objetivam na forma de crenças populares.

Até aí temos apenas a gênese do direito. Do mesmo modo que Icilio Vanni, observa Micelli que o direito não é um fenômeno igual aos fenômenos da natureza externa, que não basta averiguar o fato mas é preciso valorizá-lo. Donde terminar o seu livro por uma indagação do fundamento intrínseco do direito.

Recusa admitir que esse fundamento esteja nas condições externas da vida social, separando-se, assim, de Spencer e Vanni, para acentuar ainda mais o caráter psicológico do direito. Apesar de distinguir o aspecto fenomenológico do aspecto deontológico do estudo do direito — *ser* e *dever ser* — acaba reduzindo a deontologia jurídica à fenomenologia jurídica. A consciência é a origem e o fundamento do direito.

"O direito — escreve Micelli — é uma parte apenas da justiça, a parte que pode atuar empiricamente nas relações humanas, levando em conta as imperfeições do homem, que pode conciliar-se com certas condições imprescindíveis de utilidade e conveniência, que pode tornar-se obrigatória por meio da coação exterior; que é a parte, digamos assim, externa e objetiva do princípio de justiça. Para explicar o direito e encontrar o critério último de sua valorização, devemos, portanto, achar na própria consciência um fundamento específico qualquer, e este fundamento, nós o encontramos precisamente naquela forma especial de consciência, naquele complexo de atitudes que denominamos consciência jurídica. Esta é a forma característica da consciência reguladora, que se afirma e se determina a respeito das condições de existência indispensáveis para uma sociedade. Como forma, é comum a todos os homens

Savigny e a *Völkerpsychologie*. Rejeita, porém, o conceito de "espírito popular" — *Volksgeist* — da escola histórica, por ser uma entidade abstrata, criticando também Herbart e Wundt por não terem uma idéia clara da consciência coletiva. Em vão procuraremos almejada clareza na exposição de Micelli.

e assume o caráter de necessidade e universalidade, ainda que ora apareça de maneira indistinta e confusa, sob forma de tendência e instinto, ora de maneira clara e bem explicada". [16]

Dessa consciência provém a ordem dos fins jurídicos e a concepção de uma ordem ideal de relações jurídicas superior ao direito existente. As normas jurídicas não são, nem mesmo entre os primitivos, resultado exclusivo da tradição, do costume ou do poder, mas de "qualquer coisa de mais fundamental, duma convicção vaga de que todas essas coisas estejam conformes a uma certa ordem vislumbrada pela consciência". [17]

Tal convicção existe, realmente, e é mais precisa do que pareceu a Micelli. Em todos os tempos, a consciência humana proclamou a existência de uma ordem natural a que se devem conformar as leis positivas para serem justas. E, apesar de positivista, teve o próprio Micelli uma percepção, esta sim, uma vaga percepção, de que há uma lei natural esculpida na consciência de cada homem.

## 3 — Léon Duguit

Se bem analisarmos a obra do jurista francês Léon Duguit, veremos que a mesma idéia de um direito natural de fundamento psicossociológico resulta necessariamente de suas páginas.

Leia-se, por exemplo, o trecho abaixo, em muito semelhante às considerações de Micelli há pouco citadas: "A noção do justo e do injusto é infinitamente variável... Mas o sentimento do justo e do injusto é um elemento permanente da natureza humana. Encontra-se ele em todas as épocas e em todos os graus de civilização, na alma de todos os homens, os mais sábios e os mais ignorantes. Este sentimento

16. Micelli, *op. cit.*, págs. 770-771.
17. Micelli, *loc. cit.*

de justiça é variável nas suas modalidades e nas suas aplicações, mas é geral e constante no seu fundo, que é ao mesmo tempo proporção e igualdade. Ele é de tal modo inerente à natureza social e individual do homem, que é, por assim dizer, uma forma da nossa inteligência social... O homem não pode representar as coisas senão sob o ângulo da justiça comutativa e distributiva. Esta representação, em alguns obscura, incompleta, balbuciante, noutros clara, a se exprimir forte e nitidamente, existe em todo homem e em todos os tempos". [18]

Assim escreve esse autor tão discutido, que veio subverter os conceitos fundamentais da ciência jurídica do seu tempo, com um desdém absoluto pelos "imortais princípios" de 1789, reputados intangíveis no juízo dos teóricos da soberania do povo. Negou Léon Duguit a soberania popular, a personalidade coletiva do Estado e dos agrupamentos, até mesmo a noção de direito subjetivo. Na introdução ao seu volume sobre o Estado e o direito objetivo, chegou a confessar que vinha fazer uma obra negativa, tendo em vista dizer "não o que é o Estado, o que é o direito, mas antes o que eles não são".

Por alguns considerado um revolucionário da ciência jurídica, cujo sistema realista parece ter levado ao extremo as negações do positivismo, Léon Duguit apresenta, entretanto, a propósito do fundamento do direito, reflexões comparáveis às magníficas passagens de Cícero sobre a lei natural.

Voltemos à eloqüência dos textos.

"Em nosso pensamento, se o poder político é simplesmente o poder dos mais fortes, um simples fato, há, contudo, uma regra que se impõe aos mais fortes como a todos. Essa regra é a regra de direito... permanente no seu princípio, essencialmente mutável nas suas aplicações. Fundada na coincidência dos fins sociais e individuais, essa regra acha sua primeira expressão na consciência dos homens, sua expressão

18. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, 2.ª ed., Ancienne Librairie Fontemoing (E. de Boccard, sucesseur), Paris, 1921, págs. 50 e 54.

mais completa no costume, na lei positiva, e se realiza pela coação material do Estado, que é assim a força posta ao serviço do direito, não de um pretendido direito subjetivo, mas de uma regra social das consciências e das vontades individuais".[19]

Por outras palavras, Duguit não faz mais do que reproduzir o conhecido pensamento de Cícero: *res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.*[20] O direito deriva da natureza e é sancionado pelo costume e pela lei. O costume e a lei são as fontes reveladoras do direito, "sua expressão mais completa", no dizer de Duguit. Mas o fundamento do direito não é a norma consuetudinária ou escrita e sim essa regra que "acha sua primeira expressão na consciência dos homens". Tal regra, para o próprio Duguit, é uma lei natural: "O princípio que nós propomos é sem dúvida positivo; cientificamente não se pode formular um outro; mas ele permanece estável enquanto houver homens, *porque é tirado do homem mesmo, de sua dupla natureza individual e social*".[21]

Com essa idéia, pretende Duguit dar ao direito um fundamento absoluto, sem reconhecer expressamente nenhuma espécie de direito natural, mas apenas manifestando um conceito que vem da observação positiva dos fatos sociais. Chega a criticar vivamente o positivismo jurídico de Jellinek e Laband, por caírem estes em contradição e admitirem implicitamente o direito natural. Laband e Jellinek querem reduzir o direito ao que é estatuído pela lei positiva. Mas, segundo esses autores, não é de um modo arbitrário que o Estado produz o direito. Eles ensinam que, do ponto de vista histórico, o direito nasceu espontaneamente, antes da intervenção do Estado e que a

19. L. Duguit, *Études de Droit Public*, I: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, Paris, 1901, Intr. § II, págs. 10-11. No mesmo vol., à pág. 532: *Le détenteur de la force peut toujours par la force imposer sa volonté, mais le droit reste toujours intact et supérieur.*

20. M. T. Cícero, *De inventione*, II, 160.

21. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § II, p. 100. O grifo não está no original.

decisão do poder político é a verdadeira lei quando modifica a "esfera de atividade jurídica dos indivíduos" (sic). Ora, pondera Léon Duguit, esta esfera de atividade jurídica não pode ser criação de leis positivas anteriores, porque, por hipótese, tais leis não existem. "Logo, ela só pode resultar do direito natural, isto é, pertencer ao indivíduo em sua qualidade de homem. E a lei positiva será, então, a decisão duma autoridade política, que modifica num interesse comum a esfera de atividade jurídica natural do indivíduo, os direitos individuais naturais. É precisamente a definição de lei que dão os representantes das doutrinas de direito natural. Jellinek e Laband, apesar de suas invectivas contra as teorias de direito natural, chegam finalmente aos mesmos resultados que estas".[22]

Não é de se admirar mais esta contradição do positivismo jurídico, por Léon Duguit apontada naqueles autores alemães. Mas em contradição análoga caiu o próprio Duguit ao rejeitar o direito natural e, por outro lado, afirmar que o homem é naturalmente sociável, que ele precisa da sociedade para viver e, por isso, precisa agir de acordo com esse princípio "tirado dele mesmo, de sua dupla natureza individual e social".

Se Jellinek e Laband admitem os direitos subjetivos naturais, sem dar por isso, Duguit admite da mesma forma o direito natural objetivo, a lei natural. Não lhe reconhece a essência moral, mas lhe atribui uma essência social. Outro não é o sentido da sua noção de "direito objetivo", isto é, da regra de direito que se impõe ao poder do Estado, dessa regra que existe "sem o soberano e acima do soberano", e tem um caráter eminentemente social.[23]

22. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 518. Sobre Ihering, Jellinek e Laband: *op. cit.*, págs. 105 a 131 e 512 a 520

23. L. Duguit, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, págs. 11 e 13. (*Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel; et le droit est social, exclusivement social*). Há, pois, em Duguit a idéia dum direito natural fundado em a natureza social do homem. Essa concepção do direito natural tem fundamento psicossociológico, pois Duguit, depois de

Só na sociedade, não no indivíduo, é que se acha o fundamento do direito. Este direito não é um poder, é uma regra objetiva. Não é tampouco uma regra moral e sim uma regra de fato: impõe-se aos homens, prescindindo de qualquer princípio, — bem, interesse ou felicidade, — simplesmente em virtude e pela força dos fatos, porque o homem vive em sociedade e não pode viver de outro modo. Sente-a todo homem, formula-a o sábio, e o legislador positivo assegura o seu respeito.

Ao contrário das leis do mundo físico ou biológico, que são *leis de causa*, é a regra de direito uma *lei de fim* (sic). Opõe-se Duguit à biologia social dos organicistas e à física social de Comte. Tais sistemas, diz ele, tiveram a vantagem de mostrar que a sociedade não é um fato voluntário e artificial, mas espontâneo e natural; entretanto, encerram um grande erro, o de identificar os fatos sociais com os fenômenos físicos ou biológicos. O *fator essencial* dos fatos sociais é o homem, *ser consciente de seus atos*. Os atos humanos são determinados por fins escolhidos conscientemente. E a regra de direito é a regra da legitimidade dos fins: todo fim que a ela se conforma é legítimo, todo ato praticado em vista de um fim legítimo tem valor social, isto é, jurídico. As leis físicas ou biológicas determinam relações de causa e efeito, ao passo que a regra social estabelece a legitimidade da conduta humana. Ela não é, porém, uma regra moral, pois não determina o valor intrínseco dos atos individuais.

O fato que dá origem à regra de direito é a *solidariedade*. Os homens são solidários entre si: têm necessidades comuns que só podem ser satisfeitas por uma ação em comum, têm aptidões diferentes e necessidades diversas que só uma permuta de servi-

averiguado o fato da sociabilidade, procura torná-lo inteligível e então parte da consciência do próprio eu para daí chegar à consciência da solidariedade social e da regra do direito (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. I). Embora, ao contrário de Micelli, fazendo prevalecer o fator social sobre o individual, não é a concepção de Duguit estritamente sociológica, como, p. ex., a de Durkheim.

ços pode satisfazer. Daí uma dupla solidariedade: solidariedade por semelhança e solidariedade por divisão do trabalho, constituindo ambas o fundamento do direito. E neste ponto segue Duguit a lição de Durkheim.

A idéia de solidariedade, em Duguit, é a expressão do fato da sociabilidade humana. Se o homem quiser viver, como ele só pode viver em sociedade, deve conformar seus atos às exigências da solidariedade social.

Esses atos, praticados pelo homem, são atos conscientes, como já vimos. Duguit não chega a afirmar que sejam livres. Afasta este problema dizendo que ninguém sabe se o homem é ou não dotado de liberdade. Na sua opinião, não se sabe tampouco, nem se poderá jamais saber, se as forças da natureza e da vida são forças conscientes. O certo é que as ações humanas são conscientes dos fins que têm em vista.

O fato irredutível que deve estar na base de todos os estudos sociais é o pensamento individual consciente de si mesmo.[24]

Tendo consciência de si próprio, dos fins de seus atos e, portanto, de suas aspirações, o homem tem também consciência de seu sofrimento.[25]

O sentimento da vida individual, tornando-se preciso na consciência, produz a vontade de viver, sentimento universal e constante, que reveste principalmente a forma de aspiração de diminuir os próprios sofrimentos. O homem sofre e sabe que sofre, quer

24. É o princípio cartesiano: *je pense, donc je suis.* Tal princípio *c'est la constatation d'une réalité incontestable, la seule réalité incontestable. La* chose en soi *au sens de la philosophie allemande, est la pensée individuelle. Nous serons tentés de dire seulement: la chose en soi est la souffrance individuelle. Mais au fond l'idée est exactement la même.* (L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* cap. I, § I, pág. 26).

25. O sofrimento impressiona vivamente Léon Duguit: *la douleur n'est pas un vain mot, comme le voulait la philosophie stoïcienne; elle est bien une réalité, la plus incontestable des réalités* (*op. cit.*, pág. 31). *En fait l'homme a toujours voulu et voudra toujours moins souffrir, et là est pour nous l'unique facteur de ses pensées et des ses actes.* (Idem, pág. 50).

sofrer menos e percebe que a vida em sociedade diminui os seus sofrimentos.

A sociedade é, por sua vez, um fato constante e universal. Nenhuma observação permite afirmar que, em certa época da história ou da pré-história, vivesse o homem isolado de seus semelhantes. O agrupamento humano é um fato natural que se traduz na consciência dos indivíduos por este pensamento: os membros de um grupo têm a mesma necessidade de viver e a mesma necessidade de diminuir os sofrimentos, sendo que só a vida em comum pode obter esse duplo resultado.

Diante desse desejo de viver e da aspiração de diminuir os sofrimentos, compenetram-se os homens da grande solidariedade que os une. Assim, segundo Duguit, percebemos no homem uma dupla natureza, ao mesmo tempo individual e social. Realmente, quanto mais se desenvolve a própria individualidade, mais unido aos outros se sente o homem, isto é, mais sociável, mais dependente dos seus semelhantes, mais solidário com eles. Compreendendo que a vida no grupo lhe assegura o menor mal, o homem aceita essa solidariedade e se submete à regra de direito dela resultante.

Posteriormente, Duguit explicou melhor a coexistência do sentimento de solidariedade com outro sentimento que se acha na origem do estado de consciência criador da regra de direito — o sentimento de justiça. Os dois elementos essenciais da formação e da transformação da regra do direito são: 1.º) a consciência, que a massa de indivíduos de um grupo tem, de ser uma determinada regra moral e econômica essencial para a manutenção da solidariedade social; 2.º) a consciência de que é justo sancioná-la.[26]

Depois de haver demonstrado que a consciência da solidariedade social implica a consciência de uma regra de conduta, conclui Duguit que a noção de regra de conduta é essencialmente conexa e dependente da solidariedade, apresentando-nos, em resu-

26. L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, pág. 47.

mo, a seguinte fórmula: "Nada fazer que diminua a solidariedade social por semelhança, nem a solidariedade social por divisão do trabalho; fazer tudo o que estiver ao seu alcance para aumentar a solidariedade social nas suas duas formas". [27]

Essa regra, que tem o seu fundamento na sociedade, destina-se a ser aplicada aos indivíduos, isto é, às consciências individuais. Rejeita Duguit a idéia de "consciência coletiva" e até mesmo de personalidade coletiva do Estado. Por isso, quando diz que a regra de direito objetivo se aplica ao Estado, limitando o seu poder, entende com isso que ela se aplica aos indivíduos que governam e que são os mais fortes na sociedade.

A fórmula acima enunciada é um princípio generalíssimo de obrigação, cujas aplicações são infinitamente variáveis. Sempre é verdade que o homem deve subordinar a sua conduta às exigências da solidariedade social, mas outra é a questão de saber quais são essas exigências. Então, a regra de direito pode modificar-se. Por outras palavras, o conteúdo da regra objetiva está sempre em transformação, variando com a época e o lugar. [28]

Com toda a clareza, admite, pois, Duguit um princípio formal absoluto que é o fundamento do direito, imutável em si mesmo, variável nas suas aplicações.

E também Duguit inadvertidamente engloba, na condenação do direito natural individualista, todo o direito natural.

Assim é que ele confunde direito natural e direito ideal: "Admitindo a existência de uma regra de conduta que repousa sobre um fundamento permanente, nós repelimos as doutrinas de direito natural, que consideram esta regra como absoluta e imutável,

27. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § I, pág. 91.

28. É exatamente a parte mutável da regra de direito que o legislador deve perceber, traduzindo-a nas fórmulas precisas da lei positiva: *la loi est essentiellement la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif.* (*L'État, le droit objectif et la loi positive,* cap. VII, pág. 502).

algumas vezes ignorada e obscurecida, mas sempre viva, formando o ideal social a que devem aspirar todas as sociedades humanas, que serão tanto mais civilizadas quanto mais se aproximarem desse ideal. Ao mesmo tempo, cremos escapar à crítica por nós mesmos feita à sociologia contemporânea, de ser incapaz de determinar um princípio fixo para a conduta do homem".[29]

São ainda de Duguit estas considerações: "Não temos em vista as doutrinas de direito natural hoje desacreditadas e que, fundadas nos direitos subjetivos reconhecidos aos indivíduos, são completamente diferentes das idéias aqui desenvolvidas. Vemos no direito apenas uma regra de conduta social, e se o homem tem direitos subjetivos, eles derivam dessa regra de conduta. As doutrinas de direito natural, ao contrário, fazem a regra jurídica derivar de pretendidos direitos subjetivos que pertencem ao homem em sua qualidade de homem".[30]

Com efeito, as doutrinas individualistas fazem a regra jurídica derivar dos direitos subjetivos, em virtude do princípio da autonomia da vontade. Consideram a lei uma expressão da vontade popular e a sociedade, o resultado de um contrato. Mas na concepção tradicional, "se o homem tem direitos sub-

29. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 100. No seu *Tratado de Direito Constitucional*, mais uma vez Duguit identifica o direito natural com o direito ideal, declarando, aliás, consentir na expressão "direito natural" para designar a sua própria doutrina, desde que não seja tal expressão entendida como um "direito ideal". Depois de haver justificado a obrigatoriedade da norma jurídica, escreve: "Não me oponho a que se chame a norma jurídica, assim compreendida, de direito natural, que se diga, como Gény, Platon e Charmont, que é isso voltar ao direito natural. Mas é preciso entender-se sobre as palavras e designar coisas diferentes por palavras diferentes. Até hoje, chamava-se de direito natural o direito concebido como fundado num princípio superior, sempre idêntico a si mesmo na sua essência, mesmo que fosse variável nas suas manifestações; direito ideal absoluto do qual os homens deviam procurar aproximar-se cada vez mais". (*Traité de droit constitutionnel*, 2.ª ed., Paris, 1921, pág. 72).

30. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 105.

jetivos" é precisamente porque eles "derivam dessa regra de conduta" que é a lei: lei positiva, fundamento dos direitos subjetivos positivos; lei natural, fundamento dos direitos subjetivos naturais.

É pena que Léon Duguit não chegasse a conhecer perfeitamente o objetivismo da concepção clássica de direito natural, de que ele, por vezes, com algumas de suas próprias idéias, tanto se aproximou.

* * *

Eis aí, em linhas muito gerais, o pensamento de grandes mestres do positivismo jurídico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da reação modernamente operada contra o direito natural, eles admitem esta idéia, ainda que por vezes sem o perceber.

Foi o positivismo, em filosofia, uma tentativa malograda de substituir a metafísica por uma síntese das ciências particulares. Limitando o âmbito do conhecimento à experiência sensível, deu assim origem a uma nova metafísica, se bem não das mais conseqüentes. A afirmação de que só é legítimo o conhecimento sensível, implica uma epistemologia apriorística e que se opõe ao senso comum: é uma afirmação que não provém da experiência, que não se demonstra e nem se impõe por evidente.

Em direito, frustrou também o positivismo, ao pretender desfazer-se da idéia de direito natural.

Devemos, a propósito, distinguir um duplo prisma: o da ciência e o da filosofia do direito. A filosofia do direito tem por objeto a essência do direito — *quid sit ius*. A ciência do direito tem por objeto o conhecimento empírico do direito.

Muitas vezes, como vimos, o positivismo prescinde da filosofia do direito, cingindo-se a construções empíricas em que se reúnem os elementos comuns de diversos sistemas jurídicos ou dos vários ramos do direito positivo. É o que se dá com o "direito puro" de Picard, a "jurisprudência analítica" de Austin e a "teoria geral do direito" ou a "enciclopédia jurídica" de Merkel. Nenhuma destas tendências chega a constituir, em

absoluto, uma filosofia do direito. São sínteses científicas que não excedem a pura fenomenologia e longe estão de poder realizar aquele ideal apontado por Cícero: *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, nec a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendum iuris disciplinam.* [31]

Tais sínteses ou generalizações, sem caráter filosófico, alargam bastante a esfera do conhecimento empírico do direito, remontando-se às instituições jurídicas dos povos selvagens ou primitivos, comparando o direito atual ao pretérito, fazendo ressaltar os preceitos comuns aos diferentes ramos do sistema jurídico de um povo.

Na ciência do direito, sem entrar em indagações sobre a essência do fenômeno jurídico, semelhantes processos conduziram incontestavelmente a resultados apreciáveis. Mas é uma ilusão pensar que tais resultados dispensem a filosofia do direito. Eis por que, entre os próprios positivistas, alguns procuraram completar, por uma explicação racional do direito, a vasta soma de conhecimentos acumulada pelo jurista enciclopédico.

Em que consiste essencialmente a ordem jurídica? Será um simples produto da força dominante no meio social? Ou a razão do direito e da justiça reside num princípio superior às determinações positivas e decorrente da natureza das coisas?

Eis a questão que Spencer, Pedro Lessa, Icilio Vanni, Micelli e Léon Duguit tratam de solucionar. Vanni e Micelli criticam os que se contentam com a teoria geral do direito, referindo-se especialmente a Austin e Merkel. [32] E todos aqueles autores, cujas doutrinas aqui foram examinadas, mostram que o direito tem por fundamento um princípio resultante da própria natureza humana.

Resignam-se uns com atribuir às imposições da força social — poder absoluto do soberano ou von-

31. M. T. Cícero, *De legibus*, I, V.

32. I. Vanni, *op. cit.*, págs. 25 e 26. V. Micelli, *op. cit.*,

tade do povo — o valor de princípio fundamental de toda a ordem jurídica. Mas os positivistas que compreendem a necessidade da filosofia jurídica para justificar o direito positivo e dar uma explicação satisfatória do sentimento de justiça, ao qual repugna a identificação do direito com a força, — esses nos conduzem inelutavelmente à noção do direito natural.

Tem toda a razão o eminente Del Vecchio, ao dizer: "A idéia de direito natural é, na verdade, daquelas que acompanham a humanidade no seu desenvolvimento; e se, como, de certo, tem ocorrido, principalmente em nossos tempos, algumas escolas fazem profissão de excluí-la ou ignorá-la, ela se afirma, poderosamente, na vida. Por isso é vã e incôngrua a tentativa de repudiá-la". [33]

Como o positivismo filosófico não conseguiu sobrepor-se à metafísica, tampouco ao positivismo jurídico foi possível banir da filosofia do direito a idéia de direito natural.

33. G. Del Vecchio, *Sobre os princípios gerais do direito*, tradução autorizada, prólogo de Clóvis Beviláqua, Tip. Jornal do Comércio, Rio, 1937, pág. 22.

Capítulo III

# A NECESSIDADE DO DIREITO NATURAL

A persistência do direito natural, nas próprias doutrinas dos seus adversários, testifica a necessidade desse conceito, em que se estrutura toda a ordem jurídica.

Seriam lógicos os que não admitem o direito natural, se retirassem a expressão *direito* da linguagem científica, como propôs Augusto Comte.[1]

Negar o direito natural é negar o princípio absoluto da justiça. Ora, o direito ou é objeto da justiça, ou é simples produto das flutuações do arbítrio legislativo. No primeiro caso, mantém a ciência jurídica a dignidade que já lhe haviam atribuído os romanos, definindo-a o conhecimento das coisas justas e injustas — *iusti atque iniusti scientia.*[2] Mas no segundo caso, torna-se o direito uma simples arte a serviço da habilidade ou da força, enquanto, para os homens de Estado, as leis e os tratados se reduzem a meros *chiffons de papier.* Eliminado o conceito de direito natural, não há nenhuma razão suficiente para que o legislador deva promover o bem comum, os súditos devam obedecer à autoridade, os contratos devam ser observados. É por recuarem ante a inexorabilidade de tais conseqüências, que os próprios positivistas afirmam, muitas vezes, a existência de um princípio

1. A. Comte, *Système de politique positive,* I, 3.e éd., Paris, 1890, pág. 361.

2. Ulpiano, D.1.1.10, 2.

universal e permanente, superior à vontade humana e que constitui o fundamento da ordem jurídica.

Este mesmo argumento, em que se patenteia a necessidade do direito natural pelas conseqüências absurdas oriundas de sua negação, foi assim empregado por Cícero, no *De Legibus*: "Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más, outra norma não temos que não a da natureza". [3]

É admirável como os romanos, cujos ensinamentos assaz contribuíram para se formar o lastro da doutrina clássica do direito natural, tão nitidamente souberam compreender a dependência que une o conceito de justiça ao conceito de bem. [4]

Na hipótese de não haver entre o bem e o mal nenhuma distinção intrínseca, não há igualmente nenhuma razão de ser para se admitir uma justiça objetiva. E é a lei natural, norma da bondade ou da malícia das ações, que permite distinguir as leis boas das más, isto é, as leis justas das injustas. Tal é o sentido da passagem acima de Cícero.

O primeiro princípio da lei natural consiste na obrigação de fazer o bem e evitar o mal. É esse princípio o fundamento da obrigação moral e também o

3. M. T. Cícero, *De legibus*, I, 16.

4. Veja-se, por exemplo, este trecho de Ulpiano: *iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...* (D.1.1.1). Seja lembrada ainda a conhecida definição de Celso: *ius est ars boni et aequi* (D.1.1.1, pr.).

fundamento racional do direito. Enquanto a moral se ocupa com todo o bem, o direito tem por objeto a parte do bem que constitui o justo.[5]

A justiça determina que se dê a cada um o que lhe é estritamente devido, e a isto chamamos justo. Ora, há muitas coisas que são devidas a alguém *ex ipsa natura rei,* independentemente das determinações de qualquer lei positiva.

Se não há uma justiça natural que o legislador deve respeitar, segue-se que a justiça é um simples nome, um *flatus vocis,* e na realidade o que existe são as ordens do poder: *iustum quia iussum est.*

Daí a disjunção apresentada acima e para a qual é impossível encontrar um terceiro membro: ou o direito é objeto da justiça, e neste caso há um direito natural; ou não há direito natural, e neste caso o direito é produto do arbítrio legislativo, o qual, por sua vez, é expressão da força predominante na sociedade.

Fora do direito natural e da justiça, não existe nenhum critério objetivo que possa impor-se ao legislador e coibir o seu arbítrio.

Há quem pretenda encontrar esse critério na utilidade social, prescindindo de qualquer idéia de direito natural. À primeira vista, pode parecer que a lei natural não seja a única norma capaz de impedir o arbítrio nas determinações da autoridade. Reconhecendo-se que as leis devem ser feitas tendo em mira a utilidade social, já não se fixa um limite, uma orientação objetiva para o direito positivo?

É incontestável que a utilidade social não pode ser eliminada das cogitações do jurista. A lei é um preceito racional; deve, pois, conformar-se à reta

5. É o bem honesto, isto é, apetecível por si mesmo e conforme à natureza racional do homem, que fundamenta a lei natural, e não o bem útil ou deleitável. A distinção entre ações honestas e desonestas supõe que se aceite uma distinção intrínseca entre o bem e o mal. No direito romano, o conceito de bem honesto é de origem estóica (cf. Felix Senn, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice,* Recueil Sirey, Paris, 1927).

razão, ao direito natural. Mas é um preceito racional *para o bem comum;* e por isto, deve conformar-se também ao interesse social. Justiça e utilidade social são os dois critérios supremos da ordem jurídica positiva.[6]

Mas quando se diz que o direito positivo deve ser conforme à utilidade social, ou melhor, que se destina o direito positivo a promover o bem comum, isto já é determinação de um princípio mais geral, anteriormente admitido, e supõe:

1 — a obrigação de fazer o bem;

2 — a noção objetiva de bem comum e o conhecimento dos fins da atividade humana.[7]

Em não se admitindo essas duas suposições, das quais decorre o direito natural, deixa de existir o critério objetivo com que se procura limitar a vontade do legislador. E a própria utilidade social passa a depender exclusivamente das determinações positivas, nada impedindo que o interesse próprio de quem faz as leis prevaleça sobre o interesse comum.

* * *

Pelos conceitos de bem e de fim, que são correlativos, o direito prende-se à metafísica.

O bem é o objeto natural da vontade, assim como o ser é o objeto natural da inteligência. Do conhecimento do ser resulta imediatamente o princípio de contradição e os outros princípios evidentes que dele dependem, tais como os de razão suficiente, finalidade e causalidade, pressupostos necessários de toda ciência e sem os quais a realidade nos é ininteligível. E da tendência natural da vontade para o bem resulta

6. A própria razão assim o exige. A justiça não se opõe à utilidade social: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* (M. T. Cícero, *De inventione*, II, 53, 160).

7. Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é um princípio evidente. Quais sejam os fins da atividade humana, podemos saber através da observação dos fatos, isto é, pelo conhecimento experimental das inclinações naturais do homem. Baseia-se, pois, o direito natural na evidência e na observação dos fatos.

o primeiro princípio da ordem moral — *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* — pressuposto necessário de qualquer ação e de todas as ciências práticas.

Esse princípio nada mais é do que um aspecto do princípio de finalidade, sob o prisma da razão prática, ordenadora das ações humanas.[8]

Segundo o princípio de finalidade, todo agente opera em vista de um fim, pois do contrário não haveria razão suficiente para se seguir de sua ação um determinado efeito em vez de outro, a não ser pelo acaso.[9]

Ora, dizer que todo agente opera em vista de um fim e que todo agente procura o seu próprio bem são expressões equivalentes. O fim implica a idéia de bem. Se assim não fosse, o fim não atrairia o agente, pois este só encaminha a sua atividade para algo que lhe convenha. E, pois que todo agente procura realizar um fim que é para si um bem, o homem, agente racional, deve agir para um fim racional, conforme à sua natureza, e este fim é o bem honesto, não simplesmente o bem útil ou deleitável.

Bem honesto é o bem apetecível por si mesmo, independentemente de qualquer utilidade ou prazer subseqüente. Bem útil é o que se deseja como um meio para alcançar outro bem. Bem deleitável é o que proporciona um prazer sensível. É o bem honesto, isto

8. Cf. Garrigou Lagrange, *Le réalisme du principe de finalité*, Desclée De Brouwer, Paris, págs. 139-141. Razão especulativa e razão prática não são duas faculdades diversas, mas diversos modos de ser da mesma faculdade. A razão pode simplesmente conhecer as coisas, ou conhecer com um objetivo prático, para dirigir a ação. Em ambos os casos, a faculdade de conhecimento é a mesma. Mas, enquanto a razão especulativa se limita a conhecer *o que é*, a razão prática diz *o que deve ser*, i. é, como o homem deve agir para realizar determinados fins. Note-se que os princípios assim estabelecidos pela razão prática dirigem remotamente a ação, devendo ser completados pela *prudência*. Aí está o fundamento da distinção entre ciências especulativas ou teóricas (psicologia, biologia, física, química etc.) e operativas ou práticas (moral, direito, economia política etc.).

9. Cf. Aristóteles, *Phys.*, II e Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I.ª, II.ªᵉ, q. 44, art. 4 e *Contra Gent.*, III, 2 e 3.

é, o bem conforme à reta razão, que especifica a ordem moral e jurídica. Quanto ao bem deleitável, deve conformar-se ao bem honesto, sob pena de o homem degradar-se ao nível dos animais brutos, que vivem só pelos sentidos.

Enquanto o direito natural clássico se fundamenta no bem honesto, o positivismo procura geralmente encontrar o fundamento objetivo do direito no bem útil. Ora, o bem útil só pode ser compreendido como um *meio,* ao contrário do bem honesto, que se procura por si mesmo, e do bem deleitável, que é o termo dos movimentos do apetite sensível. Só o bem honesto e o bem deleitável constituem propriamente um *fim.* E por isso, não pode o bem útil especificar as nossas ações, porque a moralidade destas dependem do fim que têm em vista.

Eis a razão pela qual os positivistas, que fundamentam suas doutrinas no bem útil, são incapazes de construir uma filosofia do direito completa.

* * *

Vivos e acalorados têm sido os debates em torno do direito natural. Os preconceitos acumulados contra esta idéia não têm conseguido amortecer o eco das pregações feitas pelos juristas que, em grande número e entre os mais notáveis, reatam os laços quase inteiramente rompidos de uma tradição multissecular.

Infelizmente, porém, a alguns dos novos adeptos do direito natural falta um melhor conhecimento da autêntica filosofia que permitiu àquela tradição produzir os seus mais sazonados frutos. E para compreender o direito natural, tal como se formou através do longo evolver de doutrinas que remonta a Aristóteles e ao direito romano, é preciso conhecer as suas bases metafísicas.

Aludindo a certos princípios fundamentais da metafísica do ser, particularmente dignos de atenção pelas suas repercussões na filosofia do direito, aqui se indicaram algumas verdades que os atuais propugnadores do direito natural nem sempre têm posto

em evidência como seria de desejar. Tais, por exemplo, o princípio de finalidade e a redução da idéia de justo à idéia de bem.

Verdades de senso comum como estas, são as que mais patenteiam a necessidade do direito natural e a insuficiência do positivismo jurídico.

Lembremo-nos de que o senso comum não é toda a filosofia, mas deve servir de ponto de partida a qualquer sistema filosófico que não queira ser um devaneio ou uma confissão da incapacidade da razão humana para atingir a verdade.

Nas distinções, feitas pelo senso comum, entre o bem e o mal, o justo e o injusto, está a origem do conceito de direito natural. Desde que se admite que o direito se reduz à justiça e a justiça se reduz ao bem, deve-se necessariamente admitir que há um direito natural.

O positivismo jurídico absoluto é incompatível com aquelas distinções. Como vimos, de início, e ficou demonstrado no transcurso destas páginas, o positivismo jurídico absoluto, isto é, o que nega o direito natural, só é defensável, sem ilogismo, pelos que reduzem o direito às determinações arbitrárias da força preponderante na sociedade.

SEGUNDA PARTE

# O DIREITO NATURAL EM SUA FUNDAMENTAÇÃO TRANSCENDENTE E EM SUA REALIZAÇÃO HISTÓRICA ATRAVÉS DO DIREITO POSITIVO

*O direito natural não é algo de desencarnado das realidades terrenas, nem um direito meramente moral e sem valor jurídico, tal como ensinam erradamente alguns, partindo aliás de um falso pressuposto: a separação entre a moral e o direito.*

*Nos capítulos seguintes ver-se-á, primeiro, a unidade fundamental dessas duas ordens normativas que regem a atividade humana. Depois, serão considerados alguns aspectos do relacionamento entre ambas, a nos mostrarem, por um lado, a ordem jurídica positiva derivando da lei natural e, por outro, o direito natural inserindo-se no direito positivo.*

## CAPÍTULO IV

# O FUNDAMENTO OBJETIVO DA ORDEM MORAL E JURÍDICA

*Ius naturale continetur primo quidem in lege aeterna, secundario vero in naturali iudicatorio rationis humanae* (S. Th. I.ª II.æ, q. 71, art. 6 ad 4).

O fundamento próximo da ordem moral e jurídica é a lei natural, ou seja, a própria natureza humana, pois o homem traz em si mesmo a sua lei, e os preceitos da reta razão lhe indicam o modo de agir humanamente.

Por outras palavras, o exato conhecimento da natureza humana permite conhecer as normas que o homem deve obedecer para viver como homem, isto é, conforme à sua natureza.

Estas normas, constituindo um paradigma da vida humana a que denominamos *lei natural,* normas manifestadas a nós pelo conhecimento da natureza humana, não somente coexistem com a natureza mas lhe preexistem, na mente divina, como exemplares ou arquétipos segundo os quais Deus fez o homem. Pois a natureza humana é criada por Deus segundo um tipo ou exemplar ontológico e para se conformar, nas suas atividades, a um ideal deontológico. Este ideal de conduta é concebido em função daquele exemplar ontológico e constitui, por sua vez, um exemplar de normatividade previamente fixo na mente divina.

Tal preordenação da conduta humana é o fundamento último e a norma suprema da moralidade

dos atos humanos e de toda a ordem moral e jurídica. É a lei da natureza enquanto na mente do Autor dessa natureza, o qual é também o legislador supremo do universo.

É a lei eterna, cuja irradiação, no homem, chamamos de lei natural.

Os animais brutos, em virtude da sua própria essência, operam por uma determinação que os leva aos mesmos atos quando em presença das mesmas circunstâncias. Seguem o instinto, submetidos ao determinismo da natureza e se acham ordenados entre si para um fim comum, que é o bem de todo o universo. Mas o homem, em virtude da sua própria essência, tem um modo de agir que o distingue nitidamente de todos os animais. Marcha em posição ereta, é capaz de falar, de rir, de conhecer as coisas e explicá-las, de fabricar instrumentos, de produzir obras de arte: é o *politikòn zóon* de Aristóteles, o *homo faber* de Bergson. Quanto aos animais, dada a essência de sua constituição biológica, procuram instintivamente os alimentos de que precisam e fogem de certos perigos para a própria vida, prevenidos pela estimativa natural; geram os semelhantes e amparam a prole durante o tempo que se faz necessário; nenhum deles é capaz, como o homem, de receber educação, mas alguns podem ser domesticados; vivem alguns isolados e até por vezes em estado de permanente agressividade contra os demais, enquanto outros mantêm uma sorte de vida gregária que lembra palidamente as sociedades humanas. O exame objetivo dos fatos, o conhecimento do modo de agir dos brutos e do homem, revela a existência de uma lei natural puramente biológica, expressão natural da vida dos animais, e a de uma lei natural humana. [1]

1. O homem está sujeito a uma lei biológica, a lei do seu organismo, e a uma lei moral, a lei de sua vontade livre. Com muita sabedoria, os nossos antigos escritores falavam no "reino humano", distinguindo-o dos outros reinos da natureza (o mineral, o vegetal e o animal). Desfazendo as ilusões do evolucionismo transformista, a biologia moderna volta a empregar a mesma linguagem, tão adequada para realçar o valor supremo e incompa-

Pelo que diz respeito ao homem, escreve Cathrein: "O que é a natureza humana e o que lhe pertence essencialmente, podemos aprendê-lo na experiência quotidiana. Do mesmo modo por que sabemos experimentalmente o que é um cavalo, uma flor, um cristal etc., podemos também, ainda em grau mais alto, pois aqui nos ajuda poderosamente a experiência interna, saber o que é o homem. Seguindo este caminho, chegamos ao conhecimento do homem como ser sensível, racional, composto de corpo e alma. Ele é o microcosmo em que se acham reunidos todos os seres da criação. Participa, com os seres anorgânicos, de tudo quanto é peculiar à matéria com suas propriedades físicas, químicas e sua força; com as plantas, tem de comum a vida vegetativa da nutrição e reprodução; com os animais, o conhecimento sensível e os apetites sensitivos. Tudo isto não é, entretanto, mais do que o tecido artístico da jóia celestial da alma dotada de razão e de livre vontade, que eleva o homem a senhor da criação visível. A ordem maravilhosa em que estão dispostos os maiores e os menores órgãos do homem, superando totalmente a arte humana, e ainda mais, a harmonia admirável com que todos esses numerosos e artísticos órgãos cooperam para formar, sustentar, aperfeiçoar e reproduzir o homem, demonstram com sobeja evidência que este não é obra de uma casualidade cega, mas a criação de uma inteligência onipotente e onisciente. Por sua vez a atividade da razão humana, capaz de conhecer e alcançar tantas coisas inacessíveis aos sentidos corpóreos, como os conceitos superiores do ser, da verdade, e os princípios universais do pensamento que nele se formam;

rável do homem no universo físico. Este valor está na inteligência, na liberdade, na imortalidade pessoal do homem, de que nem todos os *soi-disants* espiritualistas e defensores da "eminente dignidade da pessoa humana" se acham devidamente compenetrados. A expressão "reino humano" torna patente a superioridade do homem sobre os animais, superioridade esta que provém de uma diferença de natureza e não apenas de grau. Cf. Grasset, *La biologie humaine* e *Le dogme transformiste.* Entre os juristas, no mesmo sentido, Le Fur, *Les grands problèmes du droit,* R. Sirey, Paris, 1937, pág. 13.

a tendência da vontade para a verdade, a felicidade, a beleza e o bem, e para um domínio cada vez maior na natureza — tudo isso nos assegura indubitavelmente que o homem não é simplesmente um animal aperfeiçoado. Sua razão não deriva da terra, mas do céu, é uma débil centelha da sabedoria, do poder e do bem eternos".[2]

Além disso, é também incontestável que, em todas as suas ações, operam os agentes naturais em vista de um fim ao qual tendem por natureza. Este fim é a conservação e o bem-estar do próprio ser, ou o benefício de outros seres e de todo o conjunto das cousas existentes na natureza. Há, em toda a natureza, uma finalidade externa, em vista da qual os seres inferiores se ordenam aos superiores e estão sujeitos a uma ordem natural nas suas relações mútuas, ordem que assegura a harmonia do universo. Esta ordem se nos manifesta de diversos modos: na atração dos corpos graves, na constância e sucessão uniforme do movimento dos astros, na regularidade das marés etc.

Da mesma forma, e ainda em virtude da sua essência ou natureza racional, o homem deve praticar as ações livres (isto é, aquelas que podem ser feitas de um modo ou de outro, conforme a determinação da vontade) sempre dentro de certos limites que lhe

2. V. Cathrein, *Filosofía del derecho*, trad. de A. Jardon e e C. Barja, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1941, págs. 205-206. Conclui o autor, em seguida à citada passagem: "O Cristianismo derramou abundante luz sobre tais verdades, porém elas já são, por si, acessíveis à razão, como o provam os exemplos dos grandes filósofos da antigüidade, Sócrates, Platão, Aristóteles, Cícero e outros". É o que nos mostra o seguinte trecho de Confúcio, preludiando Santo Agostinho e Santo Tomás, e tantos filósofos, juristas e biólogos de nossos dias: "O homem, dizem os nossos antigos sábios, é um ser à parte, em que se reúnem as qualidades de todos os outros seres. Ele é dotado de inteligência, perfectibilidade, liberdade e sociabilidade; é capaz de discernir e comparar, de agir em vista de um fim e escolher os meios necessários para a consecução desse fim. Pode aperfeiçoar-se ou depravar-se, conforme o bom ou mau uso que fizer de sua liberdade; conhece virtudes e vícios e sente que tem deveres a cumprir para com o Céu, para consigo mesmo e para com o próximo..." (*apud* T. Rothe, *L'esprit du droit chez les anciens*, R. Sirey, Paris, 1928, págs. 154-155).

são assinalados pela própria natureza e fora dos quais tais ações se tornarão contrárias à razão. Por isso, quando vemos um adulto proceder infantilmente, logo o julgamos fora do que é normal para a natureza humana. Com maioria de razão, julgaríamos que um homem estaria procedendo contra o que convém à sua natureza se ele praticasse atos próprios de animais irracionais. Quando Nabucodonosor se atirava às plantas do seu jardim, debruçado sobre o solo como um animal no seu pasto, poderia alguém deixar de considerar a sua ação contrária à razão e ao proceder normal do homem? Deve, pois, o homem viver como homem: eis o sentido de todas as prescrições da lei natural humana. Deve, por exemplo, respeitar a honra do próximo, cumprir a palavra dada, restituir aos outros o que lhes pertence, em suma fazer sempre o que é bom e evitar o que é mau, entendendo-se por bom o que é conforme ao bem honesto, isto é, o que está de acordo com a razão.

A lei natural, fundamento de toda a ordem moral e jurídica, se nos manifesta por uma dupla fonte de conhecimento: razão e experiência. A razão faz conhecer o primeiro preceito da lei natural, a que se reduzem todos os demais preceitos: deve-se agir racionalmente, de um modo próprio do homem, fazendo o bem e evitando o mal. Na fórmula clássica: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum.* E a experiência mostra, pela observação externa e a introspecção, em que consiste o bem para o homem.

Podemos considerar a lei natural, formal ou materialmente. O seu aspecto formal, conhecido pela razão, está na idéia do bem, da obrigação e, pelo que diz respeito à ordem jurídica, na idéia do justo.[3] O seu aspecto material, indicado pela experiência, está nas

3. Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, 162: ao direito pertence realizar não todo o bem, mas apenas essa parte do bem que forma propriamente o *justo*.

inclinações naturais do ser humano, que manifestam uma lei da natureza.[4]

Razão e experiência colaboram intimamente e não se podem separar uma da outra no conhecimento da lei natural.

Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é isto um preceito da razão, longe, porém, de ser um princípio que a razão vem a conhecer por abstrações destituídas de fundamento no real ou por idéias inatas.

O bem é o objeto natural da vontade, assim como o ser é o objeto natural da inteligência. Do conceito de ser — o mais simples de todos, o que tem maior extensão e menor compreensão, o primeiro objeto alcançado pela inteligência — decorre imediatamente, sem necessidade de qualquer aprendizagem, o princípio de não contradição: um ser não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser e não ser. Semelhantemente, o primeiro princípio da ordem prática decorre imediatamente do conceito de bem. Lembremo-nos de que o bem é o próprio ser, enquanto apetecível, e que a noção de ser vem do sensível por abstração, supondo, portanto, a experiência.

Quando a inteligência passa do conhecimento do ser ao princípio de identidade e quando passa do conceito do bem ao primeiro princípio de ordem prática (ou melhor, quando colhe esses princípios nas idéias de ser e de bem, que já os contêm), isto se dá em virtude de uma aptidão natural da inteligência para conhecer tais princípios. Os princípios em questão são conaturais à inteligência, porém não são inatos. Para elaborar os seus juízos primeiríssimos, na ordem teórica e na ordem prática, não pode a inteligência prescindir da experiência sensível, que lhes fornece os termos desses mesmos juízos.

4. O direito natural é, pois, o que corresponde à natureza do direito (a idéia do justo) e à natureza do homem. É um erro derivá-lo simplesmente do conceito de direito, como faz Kant. Seria considerar apenas o elemento formal. Ora, a forma não existe sem a matéria, que no caso são as inclinações naturais do homem, por exemplo, a tendência para a vida social que Grócio chamava *appetitus societatis*.

Os primeiros princípios são evidentes (*principia per se nota*), sem que por isso sejam inatos. Assim, quando se diz "o todo é maior do que cada uma das partes", formula-se um juízo que, por causa de sua evidência, não precisa ser demonstrado. Desde que se saiba o que é *todo* e o que é *parte*, imediatamente se é levado a dizer: "o todo é maior do que cada uma das partes". Não se trata de um princípio inato, porque os termos dessa proposição não são idéias inatas mas sim adquiridas pela experiência. Entretanto, desde que já tenhamos estas idéias de *todo* e de *parte*, que nos foram fornecidas pela experiência, não é preciso uma nova experiência para afirmar: "o todo é maior do que cada uma das partes".

O mesmo se dá com o primeiro princípio da lei natural. Desde que se tenha o conceito de bem, imediatamente se é levado a afirmar: o bem deve ser feito.

Todo homem, pelo simples fato de ser homem, isto é, usando da luz natural da razão, sabe que se deve fazer o bem e evitar o mal. Isto equivale a dizer: deve-se viver honestamente, deve-se agir de acordo com a razão. E sabe ainda em que consiste o bem a ser feito e o mal a evitar: sabe que deve conservar a própria vida e respeitar a vida do próximo, dar a cada um o que lhe pertence, restituir o alheio, obedecer à autoridade legítima, observar os contratos, não cometer adultério, não prestar falso testemunho e assim por diante.

Todos esses preceitos estão compendiados no Decálogo, que, como nota Cathrein, é um bem comum de todos os povos e de todos os tempos.

A influência das paixões e os desvios da inteligência podem levar os homens a cometer alguns erros na aplicação daqueles preceitos e mesmo à sua obliteração. Mas o fato é que os primeiros princípios da moralidade e do direito se revestem de um caráter de universalidade e perpetuidade atestados pelos documentos históricos e pelos escritores de todas as

épocas. Só observações apressadas e mal feitas têm induzido alguns à contestação deste valor universal. [5]

Se a razão — essa *naturalis ratio* cujo alcance os jurisconsultos romanos tão bem souberam aquilatar — aponta os princípios gerais da ação, especialmente o princípio generalíssimo *bonum est faciendum et malum vitandum,* a experiência dá o conhecimento das inclinações naturais do homem, conhecimento imprescindível para se saber concretamente em que consiste o bem humano, objeto dessas mesmas inclinações.

As inclinações naturais do homem são as que lhe competem como a uma substância viva, sensível e racional. Como toda substância, o homem tende para a própria conservação. Como os animais, tende o homem para sua reprodução. Como ser racional, enfim, tem ele uma série de inclinações que lhe são peculiares, entre as quais a tendência à vida social. [6]

Note-se que em todas essas inclinações, mesmo naquelas que o homem tem de comum com as substâncias inorgânicas e com as plantas e os animais, deve ser impresso o cunho da razão pela qual o homem é homem e sujeito de direitos.

Assim, a tendência para a reprodução não é no homem um instinto animal. Como observa Martyniak "a união de um macho e de uma fêmea não é idêntica à união de dois seres racionais. Esta última deve ser uma união humana e não uma união animal, pois que a inclinação humana não é e não pode ser, pela natureza das coisas, uma inclinação meramente animal". [7]

Já os romanos haviam percebido que só os seres inteligentes podem ser sujeitos de direito, pois o di-

5. Sobre as variações da moral e dos primeiros princípios do direito, veja-se Simon Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie,* cap., VII.

6. Ver o texto clássico de Santo Tomás de Aquino na *Summa Theologica,* I.ª II.æ, q. 94, art. 2.

7. C. Martyniak, *Le fondement objectif du droit d'après Saint Thomas d'Aquin,* P. Bossuet, Paris, 1931, pág. 110.

reito (no sentido de direito subjetivo, em que se toma aqui) é uma faculdade moral, o que supõe seres de natureza intelectual. Por isso, Ulpiano, que definiu o direito natural como aquilo que a natureza ensinou a todos os animais, afirmou por outro lado que os animais não podem ter direito porque carecem de razão. [8]

O que nos animais é um poder físico, um simples fato, torna-se no homem um direito. Toda substância tende para a própria conservação, mas só o homem tem direito à vida. Os animais brutos têm o instinto de reprodução, mas jamais constituem a sociedade conjugal com os direitos daí decorrentes, que são próprios do homem. Enfim, as inclinações naturais, no animal, são puramente biológicas, enquanto no homem, a essas inclinações correspondem direitos.

Os princípios universais da atividade humana e as inclinações próprias de todo homem atestam, pois, a existência de uma ordem natural. A razão formula tais princípios com base na experiência sensível. E tais inclinações, a experiência dá a conhecer guiada pela razão. Há uma ordem natural no domínio das ações livres do homem, assim como nas relações do homem com o universo e nas relações de todos os agentes naturais entre si.

8. D.1.1.1., 3 e D.9.1.3: neste segundo trecho, diz Ulpiano: *nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.* Quando, pois, o mesmo autor definiu o direito natural como o que a natureza ensina a todos os animais, ele não quis, com isto, atribuir direitos aos animais, mas simplesmente dizer que há certas inclinações que se encontram no homem e o animal, inclinações estas que só no caso do homem podem dar origem a direitos. Veja-se a explicação de Savigny e a de Cathrein, em Alexandre Correia, *O conceito de ius naturale, gentium et civile no direito romano,* nota *10*: "Muitas ações, como as que supõem o instinto de conservação e de reprodução, sendo instintivas, são comuns ao homem e ao animal, embora o homem as submeta à razão, e o animal seja levado pelo puro instinto... Donde o poder conceber-se, como faz Ulpiano, um direito natural materialmente comum aos homens e aos animais". Por outras palavras, o que se atribui aos animais é "propriamente a matéria e não a forma do direito".

Ora, esta ordem e a determinação para o agir conforme à própria essência não se podem explicar sem um princípio determinante e ordenador.

Por sua vez, este princípio ordenador deve necessariamente abranger os fins e a relação dos meios para os fins, pois do contrário não ordenaria para um fim, nem determinaria os seres naturais a atuarem conforme a sua essência ou natureza. Logo, deve ser um princípio inteligente.

Não há nenhum antropomorfismo em atribuir inteligência ao princípio ordenador do universo. Pois isto não quer dizer que o princípio supremo ordenador tenha uma inteligência como nós homens a temos, ou que use dos processos peculiares ao intelecto humano. A rigor, nem se deve dizer que esse *Princípio* tem inteligência ou é inteligente, mais sim que é a *Inteligência* (na lição de Aristóteles, o *pensamento é a sua própria essência*). Como é possível ordenar em vista de um fim sem o conhecimento de tal fim e dos meios adequados para o conseguir? O acaso e o instinto não explicam nada, porque a ordem supõe que o meio tem sua razão de ser no fim e é a inteligência que conhece a razão de ser das coisas. Como é possível determinar que um ser tenha este ou aquele modo de agir conforme a sua natureza, sem previamente conhecer esta natureza? O princípio ordenador deve, pois, ter em sua inteligência, além da razão de ser dos fins e dos meios, as razões formais dos seres da natureza: é, pois, a *causa eficiente* e também a *causa formal exemplar* de tudo o que existe.

Tudo isto mostra como a ordem natural, expressa pelo determinismo das leis físicas e pela livre sujeição dos atos humanos à lei moral, supõe uma Inteligência Ordenadora que não pode ser outra senão a de Deus, Autor da natureza.[9]

9. A Inteligência Ordenadora deve ser sapientíssima, distinta do mundo e suprema. Cf. Gredt, *Elementa philosophiae aristotelico-thomisticae* 790, th. 31, arg. V: *Hic ordinator est sapientissimus, quia ordinando pulcherrima artefacta produxit et certo est distinctus a mundo rerum cognitione carentium, quae ipsae ad*

A inteligência divina concebe os seres tais como eles são e assim os concebe desde toda a eternidade. Deus nada pode conceber no tempo. Eterna é a concepção de sua mente, concepção que representa o tipo ou exemplar dos seres criados e a norma segundo a qual deverão operar os mesmos seres.

Há, pois, uma lei eterna, que se manifesta no universo pelas leis físicas, pelas leis biológicas e pela lei moral. Os diversos seres da natureza se acham submetidos ao domínio dessa lei, cada um conforme a sua própria essência. Os seres corpóreos, nos seus movimentos, se submetem a ela de maneira fisicamente necessária, e os seres espirituais, pela inteligência e a liberdade do seu agir, isto é, com necessidade moral e não física. Por isso mesmo, o homem — esse admirável "microcosmo", ser composto de alma espiritual e corpo orgânico — está, pelo seu corpo, sujeito à lei física e à lei biológica, e, pela sua vontade livre, sujeito à lei moral.

Para evitar o absurdo das pseudo-explicações da ordem do universo pelo acaso, ou admitimos a criação do mundo por Deus, a lei eterna e a Providência, ou somos levados ao panteísmo.

Eis por que toda filosofia do direito, desde que não seja uma simples teoria geral do direito recusando a possibilidade de conhecer o fundamento da ordem jurídica, mas sim uma investigação das razões de ser do direito, é necessariamente teológica, não se tratando aqui — é óbvio — da teologia revelada. A ordem jurídica e a ordem moral não se podem compreender sem a lei eterna, nem mesmo que se negue a existência da obrigação moral (como faz Guyau na sua "moral sem obrigação nem sanção") e que se dêem à obrigação jurídica por único fundamento as sanções do poder público, independentes de qualquer submissão do legislador a um critério objetivo e superior de justiça. Pois neste caso, a autonomia absoluta

*finem se ordinare non possunt. Hic ordinator aut est supremus a nullo dependens aut non est supremus. Cum autem processus in infinitum repugnet, deveniendum est ad ordinatorem supremum a nullo alio depententem.*

da vontade arvorada em única regra de moralidade, e a vontade do legislador como princípio do direito, são expressões da força imanente no universo, que seria o princípio universal da ordem. Tal é, por exemplo, a concepção de Spinoza em sua doutrina de direito natural de fundamento panteísta, certamente muito mais lógica que a dos adeptos do direito natural puramente humano e independente da lei eterna.[10]

De fato, ou há uma justiça natural objetiva ou não. Se há uma justiça natural objetiva que os legisladores devem respeitar, é porque há um direito natural (pois a justiça não existe sem o direito, que é o seu objeto) e, portanto, uma ordem jurídica natural. Ora, a ordem natural, quer se trate de uma ordem física, quer de uma ordem moral ou jurídica, supõe a lei eterna, isto é, uma ordenação divina, pois não pode ser produto do acaso. Se não há uma justiça natural objetiva que se imponha à observância do legislador, então todo o direito se reduz a uma expressão arbitrária da força preponderante na sociedade. Mas neste caso, há uma justiça natural subjetiva (*iustum quia iussum est*) e digo natural porque, desde que não haja um critério objetivo do justo, é conforme à ordem natural das coisas que os legisladores façam da sua vontade a fonte única do direito e da justiça. O direito, então, é a força — *Recht ist Macht!* — e a força é sempre a ordem natural. Logo, neste caso, todo direito positivo deverá considerar-se um direito natural, mesmo nas disposições que julgamos tirânicas, porquanto não há nenhum critério superior ao das ordens do detentor da autoridade e ao poder legisla-

10. Cf. R. Stammler, *Rechts und Staatstheorien der Neuzeit*, 2.ª ed., W. de Gryter Co., Berlim, 1925, pág. 22: "Para Spinoza é a *substância* o fundamento determinante e ativo de todas as coisas. Estas derivam necessariamente daquela. Pode-se chamá-la *Deus* ou *natureza*... O homem é apenas um *modus* da substância única total... Entretanto, procurou Spinoza fundar um direito *natural*. Considera-o, porém, de acordo com a sua concepção geral, no sentido de uma *lei da natureza*. A natureza determina cada indivíduo a ser e agir de certo modo. Por natureza, tem cada indivíduo tanto direito quanto força: é o direito natural dos peixes nadarem e dos peixes maiores comerem os menores".

tivo, não há critério nenhum que permita qualificar os déspotas.

Caímos, assim, numa espécie de direito natural passional, semelhante ao de Hobbes e de Spinoza.

E no fundo desta concepção de direito natural passional e "arbitrário", há a idéia de uma lei eterna, o princípio imanente do universo que tudo ordena pela força.[11]

Os positivistas negam o direito natural, mas geralmente procuram apresentar um sucedâneo desta idéia para servir de fundamento da ordem jurídica positiva, isto é, um critério superior e objetivo de justiça que faça com que o direito não seja uma expressão arbitrária da força.[12] É o que se dá com o *droit objectif* de Léon Duguit, o qual não é outra coisa senão um direito natural disfarçado. Esse critério (por exemplo, a "solidariedade", de Duguit) tem um valor universal e permanente e se baseia na própria natureza (a natureza social do homem, no caso de Duguit). Ora, não é isto reconhecer claramente a existência de uma lei natural? E reconhecida a lei natural, importa reconhecer a lei eterna.

Em uma publicação de *Aristotelian Society of Marquette University,* Yves Simon dá-nos a seguinte nota, penetrante e esclarecedora, sobre a lei natural e a lei eterna: "A lei civil não é uma regra suficiente por si mesma e independente; o verdadeiro sentido em que todos (inclusive os adeptos do positivismo jurídico) falam e pensam na lei positiva prova que a lei positiva participa de uma lei superior (*higher law*), isto é, de um corpo de princípios em si mesmos evidentes e que nós chamamos lei natural. Assim, a primeira concepção da lei natural é a de um corpo de preceitos emitidos pela razão. Por outro lado, esses preceitos se referem à natureza das coisas que é anterior à razão. Como o princípio de identidade regulamenta o real antes de ser reconhecido e for-

11. O pensamento especificamente moderno filosófico-jurídico ou político reproduz o imanentismo da gnose, segundo, entre outros autores, o têm feito ver Eric Voegelin e Thomas Molnar.
12. Cf. supra cap. II.

mulado pela razão, assim também os princípios de moralidade são imanentes em a natureza humana antes de serem reconhecidos e promulgados pela razão humana. Ainda mais: como a razão teórica, ao formular o princípio de identidade, nele reconhece a lei suprema do ser, assim também a razão prática, ao formular seus princípios em si mesmos evidentes, tem por fim somente reconhecer e exprimir, na forma de preceitos obrigatórios, as tendências fundamentais da natureza humana (S. Th. I.ª II.ᵃᵉ, 94,2). Assim, a lei natural existe em a natureza humana antes de existir na razão humana. Aí está por que é preciso dar um passo adiante e reconhecer que a lei natural participa da lei eterna, é idêntica à razão de Deus". [13]

Desde Hugo Grócio, certas doutrinas de direito natural prescindem da lei eterna. A posição dos adeptos de tais doutrinas não é, seguramente, das mais lógicas. Reconhecem eles a existência de uma ordem jurídica natural. Ora, toda ordem supõe uma energia ordenadora e, tratando-se de uma ordem natural, esta energia não pode ser senão a do princípio causal da natureza. Se este princípio não for Deus Criador, transcendente ao mundo e pessoal, será — como ensinava, na antigüidade, o estoicismo — um princípio divino imanente à natureza (panteísmo). E é esta a idéia que realmente se encontra implícita nas doutrinas de direito natural que pretendem prescindir da lei eterna, mas a admitem por um panteísmo mais ou menos inconsciente.

Importa, pois, reconhecer na lei eterna o fundamento do direito natural.

Que é a lei eterna? É a própria lei natural enquanto considerada na razão divina. Como diz Vareilles-Sommières, "a lei natural bem merece este nome porque decorre forçosamente da natureza. Cha-

13. Yves Simon, *Nature and functions of authority*, The Aquinas Lecture, Marquette University, 1940, págs. 50-51. Diz o autor que os próprios positivistas dão a entender que a lei positiva participa de uma lei superior. É o que se dá com Léon Duguit: o direito positivo participa da regra de direito objetivo — *a higher law!* — que resulta da solidariedade humana.

ma-se ainda lei eterna porque ela foi concebida e querida desde toda a eternidade e para toda a eternidade por Deus eterno. A lei eterna e a lei natural não são duas coisas diferentes como a leitura superficial dos teólogos poderia fazer crer. São uma só e a mesma lei; que se chama lei eterna quando se considera como decretada no espírito do supremo Legislador, lei natural quando se considera como promulgada no espírito do homem". [14]

A lei natural tem, pois, o seu fundamento último na razão divina, que a concebe desde toda a eternidade e da qual participa a razão humana ao conhecer os preceitos do direito natural.

Tal concepção da lei natural, participação da lei eterna, e a identificação da lei eterna com a razão divina, isto é, com a própria essência divina — pois que em Deus a razão não é uma faculdade distinta, como no homem — é uma verdade enunciada nas Escrituras desde o Antigo Testamento. O Cristianismo veio torná-la inequivocamente conhecida, e já a filosofia antiga chegara a alcançá-la, embora no meio

14. Vareilles Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, Cotillon Guillaumin, Paris, 1889, pág. 29. Cf. Yves Simon, *loc. cit.*: "Observando o comportamento de um condutor de veículos numa cidade populosa, vejo que ele encarna uma certa regra; esta regra foi emitida por uma razão governadora, existiu numa razão governadora antes de existir no comportamento efetivo desses condutores de veículos. Podemos dizer que a regra, enquanto existe nesse comportamento de fato, é subordinada ou participa da regra que existe na razão governadora. Ora, a regra é uma e a mesma; se justamente executada, ela tem o mesmo conteúdo, quer no comportamento efetivo que a encarna, quer na razão governadora que a emite, *in mensura et in mensurato*. Este é o modo pelo qual a lei natural, como um preceito da razão humana, é subordinada à lei natural imanente à natureza humana, à lei eterna, que é a razão divina. O conteúdo da lei permanece o mesmo, sua condição existencial, ou seu estado, é diverso. Na razão divina a lei natural, como um aspecto da lei eterna, existe em estado de personalidade; na natureza, em estado de impersonalidade; finalmente, na razão humana, existe novamente em estado de personalidade." Por sua vez, Georges Kalinowski: "A lei natural é a face humana da lei eterna, se é permitido empregar esta linguagem figurada" (*Le fondement objectif du droit selon la "Somme Théologique" de Saint Thomas d'Aquin*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 18, 1973, pág. 69).

das vacilações próprias do pensamento humano sempre que não esclarecido pelas luzes da Revelação. Noções da Revelação primitiva foram guardadas por todos os povos, mas aos poucos se deturparam envolvendo-se nas lendas e fantasias mitológicas.

O direito natural é redutível a um conjunto de princípios evidentes em si mesmos, tais como os *principia per se nota* da ordem especulativa. Seu conhecimento completo nos vem da experiência interpretada à luz dos primeiros princípios da ordem prática, princípios que, por serem conaturais à razão humana, se dizem de senso comum. Por isso, a própria razão nos leva ao conceito de direito natural. Donde o dizer São Paulo que mesmo os que não receberam a Revelação e não foram instruídos nos preceitos do Decálogo conhecem a lei de Deus, porque a trazem em si mesmos, isto é, imanente em sua natureza e cognoscível à luz da razão. E o Salmista: *Signatum est super nos lumen vultus tui, Domine!* [15]

Portanto, a concepção do direito natural, se não supõe necessariamente a Revelação, entretanto supõe a lei eterna e, neste sentido, é uma concepção teológica. Tal como a metafísica de Aristóteles, chamada pelo autor, que não conheceu a Revelação, filosofia teológica.

Eis por que, embora sem medir talvez todo o alcance de suas palavras, Ledru-Rollin escreveu: "O direito desperta o homem para a consciência de sua dignidade, fazendo-o participar da obra divina". [16]

A lei, por excelência, é a lei eterna. Todas as outras leis são leis por participação.

E a lei positiva só é verdadeira lei na medida em que participa da lei natural, a qual, por sua vez, é uma participação da lei eterna no homem.

15. Rom. II, 14 e Ps. IV, 7.

16. Ledru-Rollin, *De l'influence de l'école française sur le droit au XIX ème, siècle,* introdução ao Repertório Geral do *Journal du Palais.* De fato, o direito faz o homem participar da obra divina. A lei natural, fundamento de toda a ordem jurídica, é, como a definiu S. Tomás uma *participatio legis aeternae in rationali creatura.*

## Capítulo V

# DIREITO NATURAL E DIREITO HISTÓRICO *

### (A PROPÓSITO DA FILOSOFIA JURÍDICA DE GIAMBATTISTA VICO)

## 1. Equivocações do positivismo jurídico

As críticas dirigidas à idéia de direito natural em nome da variação da moral e do direito no tempo e no espaço — variação diante da qual parece insustentável a afirmação de um direito universal e imutável — procedem geralmente de um desconhecimento daquela idéia no seu significado autêntico. Significado este que se nos apresenta na continuidade de uma longa tradição, despontada com os filósofos gregos e anunciada no brado de Antígona, corroborada pelos jurisconsultos romanos, enriquecida pelos teólogos e canonistas da Idade Média, consolidada definitivamente por Santo Tomás de Aquino e pela escola espanhola do *siglo de oro*, e florescente na filosofia do direito do século XX.

Nessa linha de pensamento, legitimamente inserida na *philosophia perennis*, segundo a expressão leibniziana, o direito natural é uma noção a expres-

* Comunicação apresentada ao *Convegno di Studi sull'Opera di Giambattista Vico*, Bari, 7-8 de dezembro de 1975.

sar um critério objetivo de justiça pelo qual aferir o justo e o injusto das normas de direito positivo. Se um eminente filósofo do direito destas últimas décadas suscitou a questão do "direito justo" é exatamente porque se deve procurar um padrão mediante o qual medir a justiça das leis humanas, que podem dela desviar-se, estabelecendo assim uma legalidade ilegítima. A diferença entre legalidade e legitimidade tem sido também, ultimamente, bastante aventada.

Para usar das palavras de Leo Strauss, em *Natural Right and History*: "Rejeitar a idéia de direito natural equivale a dizer que todo direito é positivo, ou seja que o direito é determinado exclusivamente pelos legisladores e os tribunais dos diferentes países. Ora é evidente que é perfeitamente sensato e muitas vezes mesmo necessário falar aqui de leis ou decisões injustas". [1]

O mesmo foi dito por Cícero, ao escrever com as louçanias do seu estilo: "Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más outra norma não temos que não a da natureza". [2]

Aí está precisamente a distinção feita por Aristóteles entre o "justo natural" e o "justo legal" e por Santo Tomás de Aquino entre o justo por natureza (*ex ipsa natura rei*) e o justo por convenção (*ex con-*

1. L. Strauss, na tradução francesa da obra citada (*Droit naturel et histoire*), Plon, Paris, pág. 14).

2. M. T. Cícero, *De legibus*, I, 16.

*dicto sive ex communi placito*), distinções estas que são equivalentes.[3]

De tal maneira se impõem tais noções, sob pena de termos de reduzir o direito à simples expressão de uma ordem emanada da força social preponderante — sem nenhum critério objetivo para invalidar o arbítrio dos que detêm essa força — que os próprios positivistas freqüentemente apelam para um princípio superior de justiça, graças ao qual buscam evitar semelhantes conseqüências. Fazem-no caindo em contradição com o sistema que perfilham, isto é, negam o direito natural para depois colocar em lugar dele um *ersatz*, que, por outros nomes, acaba sendo uma afirmação da idéia de direito natural.

É o caso, por exemplo, de Léon Duguit ao propor o fato da solidariedade — expressão da natureza social do homem — como fundamento da regra de direito.[4] Ou de Icilio Vanni, adepto do "positivismo crítico", ao procurar uma *valutazione etica* para o direito, chegando a uma fundamentação intrínseca do direito "nas condições da existência humana no estado de associação", admitindo uma natureza específica do homem do qual decorre o direito e reduzindo este à ordem universal.[5] Ou ainda de V. Micelli, para quem o critério último da valorização do direito está na consciência jurídica, forma característica de uma consciência reguladora, comum a todos os homens, e da qual procedem os fins jurídicos segundo uma ordem colocada em plano superior à do direito existente.[6] Isso só para citar nomes de uma época em que o positivismo jurídico, posteriormente desprestigiado, atingira o apogeu.

Ao elaborar suas construções solidamente alicerçadas na visão do homem em perspectivas éticas e metafísicas, os máximos representantes daquela multissecular tradição do direito natural, oriunda da

3. Aristóteles, *Ret.*, I, 13 (1373). S. Th. Aq., *Sum. Th.* I.ª II.æ, q. 57, art. 2.

4. Cf. supra, cap. II, 3.

5. Cf. supra, cap. II, 2.

6. Idem.

antigüidade e que chega até aos nossos dias, partiam da evidência dos primeiros princípios e do conhecimento experimental da natureza humana. Os primeiros princípios — desde os três preceitos do Digesto (*honeste vivere* etc.) até a norma fundamentalíssima *bonum est faciendum et malum vitandum* assim formulada por Santo Tomás — são acessíveis à razão natural e objeto da sindérese. O conhecimento da natureza humana decorre da observação das inclinações naturais dos homens concretos, tal como se encontra limpidamente sintetizada na I.ª II.æ, questão 94, art. 2, passagem capital da Suma Teológica do Aquinense no concernente ao tema em apreço.

A focalização do problema segundo esses dois prismas conjugados — o da evidência e o da experiência — foi inteiramente alterada com o modo pelo qual, depois de Grócio, se passou a considerar o direito natural. Tornou-se este, nas concepções do jusnaturalismo racionalista, um direito do homem abstrato, alcançado por uma elaboração da inteligência operando por via meramente dedutiva, em processo conduzido *more geometrico,* muitas vezes partindo de hipóteses infundadas e fantasiosas.

Entre tais hipóteses cumpre destacar as de Hobbes e Rousseau sobre o "estado de natureza", em perspectivas opostas, pessimista a do pensador inglês e otimista a do genebrino. Sendo aquele estado a expressão de uma condição pré-social do homem, daí decorre e concepção de direito natural como um direito primitivo. Mas por outro lado importa, segundo alguns autores, procurar atingir, na sociedade civil contratualmente constituída, um grau de liberdade que permita ao homem readquirir a liberdade natural perdida em virtude das coações sociais. Se para Hobbes, esta perda é definitiva e o direito positivo do *Leviathan* vem esmagar o direito natural, na visão do liberalismo, inspirado em Rousseau, o contrato social deve assegurar a cada homem a possibilidade de ser tão livre quanto era antes.[7] O direito natural apresenta-se assim como um ideal a ser reali-

7. J. J. Rousseau, *Contrat social,* l. I, c. 6.

zado pelo direito positivo. E daí vai apenas um passo para que ele seja transformado num código completo servindo de modelo político e legislativo a todas as sociedades, sejam quais forem as suas condições históricas. Equacionamento este que do plano filosófico do direito natural foi transposto para o plano técnico-jurídico do direito positivo, nos movimentos constitucionalistas do século passado e nas codificações do direito civil.

## 2. Direito natural e historicidade

A justa recusa em admitir constituições e códigos resultantes de pressupostos de um jusnaturalismo abstracionista levou a escola histórica, através de alguns de seus eminentes representantes, a rejeitar também — desta vez infundadamente — a própria idéia de direito natural. A partir da oposição feita por Savigny entre a "escola histórica" e a "escola não histórica" do direito [8] foram-se avolumando as críticas ao direito natural como um direito não histórico, puramente racional, inaceitável ante as exigências da ordem jurídica positiva.

Essa não-historicidade do direito natural era patente na concepção dos que faziam do natural o pré-social ou primitivo, e também na dos que procuravam no direito natural um exemplar para o direito positivo. O equívoco do positivismo jurídico em opor-se ao direito natural em nome do direito histórico estava precisamente no julgar a idéia de direito natural através destas concepções que a deturpavam.

Importa, pois, ter presente que:

1.º) a natureza, quando aplicada esta noção ao direito para daí se chegar à idéia de direito natural, é algo de concreto, vivido, realizado na história;

8. F. C. Savigny, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. I, Berlim, 1815, pág. 6.

2.º) o direito natural não é um paradigma ideal a servir de modelo ao direito positivo, mas um princípio ordenador, um fundamento, uma diretriz.

## 3. O natural enquanto primitivo e o natural no sentido teleológico

A identificação do natural com o primitivo antes de Rousseau já havia sido feita por Marsílio de Pádua, em quem vemos, no dizer de Alan Gewirth, o "deslocamento da preocupação anterior com as causas finais ou ideais por uma ênfase dada às causas eficientes". [9]

Por que aquele comentador do *Defensor Pacis* se refere à "preocupação anterior com as causas finais"? Exatamente porque o conceito de natureza que inspirou a concepção clássica do direito natural estava impregnado de teleologia, como se pode notar claramente em Aristóteles e Santo Tomás. A passagem citada deste último tem em vista as inclinações da natureza humana enquanto levam o homem a procurar os bens que constituem fins de sua atividade natural. O homem enquanto substância tende à própria conservação, enquanto animal [10] tende à reprodução e enquanto racional, ao conhecimento da verdade e à vida social. A natureza aí se mostra como algo de essencialmente dinâmico, princípio de movimento, é certo, não porém apenas na ordem da causalidade eficiente, mas ordenado à finalidade desse mesmo movimento. Realizando-se, ao seguir tais inclinações, o homem está ao mesmo tempo alcançando o seu fim.

9. Alan Gewirth, *Marsilius of Padua The Defensor of Peace*, vol. I: *Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy*, Columbia University Press, págs. 60-61.

10. Pelo seu organismo, o homem está sujeito às leis biológicas. Daí não se deduz que ele seja um apêndice do reino animal. Como "animal racional" que é, a racionalidade — sua forma específica — imprime-lhe o caráter próprio e essencial. Ver, a respeito, o capítulo anterior (texto e nota 1).

A lei natural é assim uma lei de realização humana, e a natureza se concebe em função de uma concepção finalística.

Quanto a Aristóteles, fez ver que natureza não é só a origem e sim também o processo de desenvolvimento pelo qual as coisas chegam à sua plenitude ou perfeição. Afirma o Estagirita logo ao início da Política: "a natureza de uma coisa é o seu fim".[11] Devendo aqui entender-se por fim a perfeição própria, isto é, a forma, que só se realiza plenamente quando o desenvolvimento de um ser está completo.

Modernamente, a causa final e a causa formal, realçadas no pensamento aristotélico e na tradição escolástica, foram postergadas por uma visão mecanicística do universo, dando ênfase à causa eficiente e à causa material, o que fez Hobbes nas origens do naturalismo cientificista e o que explica a redução do natural ao primitivo.

O caráter teleológico da natureza implica um conceito dinâmico vinculado à condição humana, quando do homem se trata, e portanto à sua vivência histórica. Por "natureza" se entende, no caso, uma força, um impulso que leva o ser a realizar o seu fim.

Esse dinamismo e essa historicidade do direito natural podem muito bem perceber-se no conceito de *ius gentium* de Santo Tomás de Aquino, referente aos preceitos secundários da lei natural. Um exemplo sumamente esclarecedor é o da propriedade privada, que é um direito natural não no sentido de ser estabelecido imediatamente pela natureza, mas "pela razão dos homens para a utilidade da vida humana",[12] ou seja, sem alteração da lei natural, como um acréscimo feito a esta pela *naturalis ratio.*

As concepções socialistas, negando o direito de propriedade, reduzem o natural ao primitivo. O mesmo ocorre com o pensamento democrático moderno, ao conceituar a liberdade e a igualdade, antecipado por Marsílio de Pádua, ao considerar a natureza

11. Pol. I, 2, 1252 b.
12. *S. Th.*, I.ª II.æ, q. 94, art. 5, *ad tertium.*

humana nos atributos físicos e biológicos do homem, prescindindo dos seus poderes racionais e das suas virtudes.

Liberalismo e comunismo consideram os característicos comuns de todos os homens em termos de seus predicados nativos, tal como Marsílio de Pádua, segundo acentua o contraste estabelecido entre o autor do *Defensor Pacis* e Aristóteles por Alan Gewirth.[13] No naturalismo mecanicístico de Marsílio e de Hobbes perdeu-se o sentido finalístico da natureza, e a causa material começou a prevalecer sobre a causa formal, abrindo-se assim o caminho que acabou conduzindo às concepções materialistas.

## 4. A exemplaridade do direito natural

A natureza de um ser determina-se, pois, pela causa formal e pela causa final. Isto, porém, não deve levar a concluir que seja legítimo fazer do direito natural um direito ideal no sentido de servir de modelo para as legislações positivistas.

Pode parecê-lo à primeira vista. Pois o "ideal" não é exatamente um fim a atingir? E a causa exemplar — ou seja, o modelo — não é causa formal extrínseca?

Cumpre, porém, notar que o direito positivo não se identifica com o direito natural, embora seja essencialmente dependente deste no que diz respeito ao conteúdo de justiça das suas disposições. Uma parte destas — isto é, das normas que constituem a ordem jurídica positiva — deriva da lei natural ao modo de conclusões, mas numerosas são as que dela resultam como determinações do legislador tendo em vista os casos particulares da vida social e a sua regulamentação segundo critérios dependentes de livres deliberações da autoridade e das peculiaridades da técnica jurídica.[14]

13. Alain Gewirth, *op. cit.*, pág. 55.
14. S. T. Aq., *S. Th.* I.ª II.æ, q. 95, art. 2.

O direito positivo — *ius ex condicto* — é uma técnica de realização do justo. O direito natural — *ius ex ipsa natura rei* — é expressão do justo em si, donde fornecer ao direito positivo um critério objetivo de justiça, cuja observância é condição essencial e imprescindível para que o *iussum*, isto é, o ordenado pelo legislador seja verdadeiramente *iustum*.

Trata-se de uma exemplaridade superior, que não deve ser confundida com a causa formal extrínseca e, portanto, com uma causa exemplar ou modelo de legislação. Nas suas determinações do direito natural, varia o direito positivo de cada povo em relação aos demais, tendo-se em conta a diversidade do meio ambiente, dos costumes, das particularidades sem conta de cada sociedade política. Donde o dizer Santo Isidoro de Sevilha que a lei há de ser "justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo..." [15]

Quanto à causa final, deve o direito positivo conformar-se ao direito natural porque a finalidade essencial a que visa atingir é a realização do justo, ou seja, assegurar a convivência justa dos homens. Não se deve, entretanto, pensar que o direito natural possa apresentar-se como um ideal a ser realizado pelo direito positivo, um modelo para códigos e constituições, segundo inculcava Oudot, ao escrever: "o direito natural é a coleção das regras que é desejável ver transformada imediatamente em lei positiva". [16]

O que se deve procurar no direito natural não é um modelo para as legislações e os regimes políticos (pois estes e aquelas dependem do condicionalismo histórico de cada povo), mas sim a razão do justo que deve impregnar todos os regimes e todas leis. O direito natural não é um direito ideal, mas um direito fundamental.

Por isso mesmo, o direito natural é transcendente e imanente em relação ao direito positivo. Transcendente, enquanto expressão da ordem natural, fun-

15. *Etim.* l. V, cap. 21.
16. *Loc. cit.* (cf. supra cap. I, nota 12).

dada na lei eterna. Imanente, enquanto realizado no direito positivo, dando a este um conteúdo de justiça.

## 5. As variações da lei natural

Os modernos estudos de etnologia e o melhor conhecimento do estado social dos povos primitivos — na relatividade em que deve ser entendida esta expressão — vieram esclarecer suficientemente o problema da variação da moral, ficando ressalvadas a universalidade e a imutabilidade dos primeiros princípios. Para isto muito contribuíram os trabalhos da escola histórico-cultural, não sendo de desprezar os depoimentos dos missionários, muito mais em condições de penetrar na mentalidade do selvagem do que sociólogos menos afeitos ao trato e à lingua dos povos não civilizados. [17]

Se procedimentos contrários à lei natural chegam a generalizar-se num determinado meio social, suscitando normas de conduta, isto se verifica em relação aos preceitos secundários daquela lei, como já o explicara Santo Tomás, [18] e isto por vários motivos: a influência das paixões, as falhas da razão humana na aplicação dos primeiros princípios da moralidade, o desigual desenvolvimento das formas culturais sujeitas a transformações para melhor ou para pior e, portanto, a aprimoramentos e a degenerescências.

Quando Santo Tomás diz que a lei da natureza pode corromper-se no coração de alguns, nada mais faz do que considerar o verdadeiro estado da natureza humana, não o estado idealizado por Rousseau, nem o da visão pessimista de Hobbes. Longe de ser naturalmente bom ou irremediavelmente mau, o homem tem uma natureza desfalecente, em conseqüência do pecado original. Donde a necessidade da lei divina

17. Simon Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, cap. VII, 4.
18. *S. Th.*, I.ª II.æ, q. 94, art. 5.

positiva, pela qual de um modo seguro e infalível é confirmada a lei natural, cujos preceitos secundários a razão humana, pelas falhas a que está sujeita, pode perder.

Tais falhas manifestam-se no domínio do *ius gentium*, que é a obra da *naturalis ratio*. A imutabilidade e a universalidade da lei natural decorrem da lei eterna, da qual aquela é uma participação na criatura racional, sendo que os seus princípios são suscetíveis de ser conhecidos mais ou menos perfeitamente pelos homens. Criador e ordenador do universo, Deus estabelece a ordem natural pela lei eterna e dá ao homem a razão mediante a qual este conhece aquela ordem. Mais uma vez, a transcendência e a imanência do direito natural. Ele é transcendente, enquanto contido na lei eterna; imanente, enquanto expressão da natureza humana, a qual participa da lei eterna pela razão, que permite ao homem o conhecimento da ordem natural.

## 6. Nas perspectivas do pensamento de Giambattista Vico

Essa transcendência e imanência, bem como a idéia bem clara da natureza humana íntegra e da natureza desfalecente, por causa do pecado original, ressaltam das primeiras páginas da obra de Giambattista Vico sobre o direito universal.

Não obstante o seu apreço por Grócio, o pensador napolitano não cai nem no imanentismo do autor do *De iure belli ac pacis*, que admite a possibilidade da lei natural sem a lei eterna, nem na laicização do direito natural, que de Grócio para cá se veio processando na linha do jusnaturalismo abstracionista.

Fazendo lembrar Santo Agostinho — e como Blondel, ao acentuar que a natureza humana clama pelo transcendente — eis o que escreve Vico no *De uno universi iuris principio et fine uno*: *Homo autem constat ex animo et corpore et est nosse,*

*velle, posse, et quidem posse tum animo, tum corpore, quia utroque constat. Et quia animus loco incircumscriptus, nam spiritualis, et corpus, quia corpus est, terminatum; hinc est nosse, velle, posse finitum, quod tendit ad infinitum* (c.X).

E logo a seguir: *Atqui ens infinitum Deus: igitur homo vult cum Deo uniri; igitur a Deo est naturae humanae principium; igitur homo est a Deo* (c.XI).

Mas depois de se referir à "natureza humana íntegra", passa à "natureza corrompida", nestes termos: *Natura igitur humana, recta a Deo creata, hominis vitio corrupta est, ut voluntas rationi dominaretur et contra rationem suam potentiam exerceret* (c.XXI). *Haec voluntas dominans rationi est cupiditas; haec ratio serviens cupiditati, error; haec voluntatis potentia contra rationem exercita, animi perturbatio* (c.XXII).

O homem, criado por Deus em natureza íntegra, é por sua culpa corrompido. Vico tem constantemente diante de si esta verdade. Mas o ser humano foi também elevado à ordem sobrenatural. Na sua queda, além de sofrer detrimento nos dons naturais, perdeu a graça, que o tornava participante da natureza divina.

A semente da verdade permanece no homem decaído, que a pode fazer frutificar com a força da razão, sendo esta a *vis veri*, capaz de refrear os apetites, mas insuficiente para reconduzir o homem à perfeição moral. Nisso está a simples *virtus ethica ethnicorum*, a virtude dos gentios, que têm o conhecimento da lei — ou melhor, *ipsi sibi sunt lex*, no dizer de São Paulo [19] — mas aos quais falta a graça, pelo que não podem praticar a virtude perfeita.

Donde a distinção entre a virtude moral dos gentios e a dos cristãos: *...virtus ethica christiana, qua homo sui delicias in sui contemptum abiectio nemque convertit, vocaturque "humilitas", omnium christianarum virtutum fundamentum.* [20]

19. Rom. II, 14.

20. G. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno, Liber Unus*, cap. XXXVIII.

No concernente ao direito natural dá-se a mesma distinção. Se os gentios se afastam, por vezes, em suas práticas sociais, dos princípios da lei natural, é devido à imperfeição da razão, particularmente no estado desfalecente do homem. Daí a necessidade da lei divina positiva para confirmar, completar e aperfeiçoar o direito natural, o que o direito cristão vem realizar cabalmente.

Ancorado nos dados da Revelação e dotado de profundo senso histórico, Vico proporciona-nos elementos fundamentais para uma filosofia do direito construída sobre a condição real e histórica do homem.

No seu pensamento há uma perfeita compreensão de que a filosofia deve ocupar-se do homem *real* e não do homem *hipotético*. Ora o homem *real* foi elevado à ordem *sobrenatural*, e por isso a filosofia não pode prescindir inteiramente da ordem sobrenatural. Uma coisa é que a filosofia deve fundar as suas demonstrações na *razão natural* e não na *Revelação Divina*, o que é óbvio, outra coisa é que a filosofia prescinda inteiramente da *Revelação Divina*, e isto é falso.

O direito natural puro do racionalismo gerou as concepções abstracionistas, em face das quais o direito natural hispânico, autenticamente tomista, nos apresenta a visão do homem concreto e histórico, do homem caído pelo pecado e redimido por Cristo, e do direito cristão levando o direito natural à sua plenitude. [21]

Nestas perspectivas situa-se a filosofia do direito de Giambattista Vico, numa síntese de pensamento inseparável da sua filosofia da história.

21. Ver, nesse sentido, o *Tratado de Filosofía del Derecho* de Francisco Elías de Tejada, de que já foram publicados os dois primeiros volumes (Universidade de Sevilha) e os volumes da *Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho* (Escelicer, Madrid), principalmente *El derecho natural hispánico* (Atas das Primeiras Jornadas Hispânicas de Direito Natural, realizadas em Madrid de 10 a 15.9.1972).

CAPÍTULO VI

# O DIREITO NATURAL E AS FONTES DO DIREITO *

## 1. Direito, sociedade e Estado

A problemática das fontes do direito passou nestas últimas décadas por uma ampla revisão, acentuadamente marcada pelo declínio do positivismo jurídico e pelo repúdio ao legalismo formalista, que haviam desfrutado de grande prestígio entre juristas do século anterior.

O positivismo nega o direito natural, sustentando que o único direito realmente existente é o direito positivo.[1] O legalismo, herança do pensamento revolucionário de 1789, pretendera restringir o direito à lei escrita, sendo típica manifestação desta tendência a escola de exegese na França, com o seu método de interpretação do Código Civil. O apego ao sentido literal da lei e a escravização à vontade do legislador eram tão fortes que um dos expoentes daquela escola chegaria a dizer: *Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon.*[2]

* Comunicação apresentada às Terceiras Jornadas de Direito Natural, de Santiago do Chile (21 a 26 de junho de 1977).

1. Nesse sentido, Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Communità, Milão, 1972, pág. 127: "Por "positivismo jurídico" entendo aquela corrente que não admite a distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito senão o direito positivo".

2. Dito atribuído a Bugnet, apud F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª ed., t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, pág. 30.

Sob essa dupla influência, não admira que o problema das fontes do direito ficasse reduzido à expressão mais simples. Tratava-se tão-somente de classificar as fontes do direito positivo, e entre estas a lei escrita surgia com um valor absoluto a ponto de anular as demais. Se nos tempos do absolutismo monárquico os legistas ensinavam que a vontade do príncipe faz a lei, passava-se agora ao absolutismo democrático, transferindo do rei para o povo a origem do direito. E no pressuposto de serem os legisladores os representantes da vontade popular, a eles cabia formular o direito sem concorrência de nenhuma outra autoridade social. Mesmo porque, como conseqüência do individualismo inspirador de tais concepções, em face do Estado os grupos intermediários não tinham vez; só se consideravam os cidadãos como unidades soltas, e o direito, emanação da lei, tornava-se assim mera criação do Estado.

De um tal legalismo é bem significativa a seguinte declaração de Robespierre, opondo-se à aceitação da jurisprudência como fonte do direito: "Esta palavra de jurisprudência dos tribunais, na acepção que ela tinha no antigo regime, não significa mais nada de novo; deve ser riscada de nossa língua. Num Estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei; e então há sempre identidade de jurisprudência". [3]

Simplificação tão anticientífica, tão contrária à experiência jurídica e ao senso comum, não podia deixar de provocar as mais severas críticas, como foram as de Gény na França, Ehrlich na Alemanha, Roscoe Pound nos EUA, Betti na Itália e tantos e tantos outros.

Daí uma renovação da problemática em apreço, quer nos domínios da hermenêutica, quer nos amplos horizontes descortinados pela sociologia do direito, quer finalmente nos altiplanos da filosofia jurídica, onde o positivismo e o legalismo eram superados pela presença do direito natural escoimado das man-

3. *Archives Parlem.*, 1.ª série, t. XX, pág. 516, col. I, apud F. Gény, obra e tomo citados, pág. 91.

chas com que, depois de Grócio, o racionalismo havia deturpado e comprometido uma tradição milenar.

Começaram a ser devidamente consideradas, entre as fontes do direito, além da lei, o costume, a jurisprudência, os princípios gerais do direito, as normas convencionais — por exemplo, as resultantes dos contratos coletivos de trabalho — e estatutárias, umas e outras destas normas a manifestarem a produção de um direito extra-estatal, por alguns denominado "direito social". [4]

Apesar dessa renovação, porém, e de tão brilhantes e esclarecedoras obras largamente difundidas, a mentalidade positivista e legalista ainda prevalece entre certos juristas — talvez possamos mesmo dizer entre numerosos deles — alguns inconscientemente, pela falta de um aprofundamento do verdadeiro sentido do direito e de uma exata compreensão das relações entre a sociedade e o Estado na gênese do direito.

Um sintoma bem demonstrativo da permanência dessa mentalidade está na identificação, feita por muitos, entre o direito e a lei. Generalizou-se de há muito a conceituação do direito exclusivamente em dois aspectos, correspondentes aos denominados direito objetivo e direito subjetivo. Direito objetivo é a lei ou norma jurídica (*norma agendi*). Direito subjetivo é a faculdade ou o podêr de agir dentro dos limites traçados pela lei (*facultas agendi*). São noções que se encontram comumente nos manuais ou compêndios, e que os estudantes aprendem nas suas primeiras aulas.

Aí se acha implícito um formalismo em que desaparece do direito todo conteúdo de justiça, prevalecendo a lei como sua fonte originária, à qual, conseqüentemente, se reduz o direito na sua essência. Tal é o que já se depreende da célebre definição de Kant, ponto de partida do positivismo jurídico na sua feição moderna: "conjunto de condições mediante as

4. São bem conhecidas as obras de G. Gurvitch, *L'idée du droit social, Le temps présent et l'idée du droit social* e *Sociology of Law*.

quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio de outrem segundo uma lei geral da liberdade".[5]

Nos termos dessa definição, o procedimento de cada um torna-se legítimo desde que seja conforme ao estabelecido na lei com vistas a evitar o conflito entre os "arbítrios". E cada "arbítrio" (*Willkür*), isto é, o livre agir de cada um, passa a ser considerado "direito" (ou seja, direito subjetivo) desde que enquadrado no preceito legal. Idéia a que corresponde também a não menos famosa definição de direito subjetivo como "interesse juridicamente protegido", formulada por Ihering na esteira do pensamento kantiano, devendo-se a este mesmo autor a reafirmação de outra tese do filósofo de Königsberg, a saber, que a coação do poder público é da essência do direito.[6]

Trata-se de uma visão mecanicística do direito, na perspectiva da segurança — isto é, da garantia a ser assegurada aos homens para uma convivência pacífica na vida social — mas deixando de lado aquilo que é precisamente essencial ao direito: a justiça. Positivismo, legalismo e voluntarismo: a segurança decorre das condições estabelecidas coercitivamente pela norma legal, e esta resulta de uma determinação da vontade do legislador independentemente de sua subordinação a um critério objetivo e superior de justiça, a que não se faz nenhuma referência.

Efetivamente, é pelo direito, como expressão de uma ordem instituída na sociedade, que se alcança a harmonização das liberdades, indispensável para assegurar o convívio pacífico dos homens. Mas o que

5. A definição encontra-se na primeira parte da "Metafísica dos costumes" (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung*).

6. Palavras textuais do autor: "O direito pode, a meu ver, definir-se exatamente: o conjunto das normas em virtude das quais, num Estado, se exerce a coação. Esta definição encerra dois elementos: a *norma*, e a realização desta pela *coação*. Só constituem direito os estatutos sociais sancionados pela coação pública". Rudolph von Ihering, *L'évolution du droit* (*Zweck im Recht*), trad. de O. de Meulenaere, Paris, Lib. A. Marescq, 1901, pág. 215.

sobretudo importa é que a coexistência humana seja realizada segundo os princípios da justiça. Do contrário, como diria Santo Agostinho, não haveria nenhuma diferença entre uma sociedade bem ordenada e um agrupamento de bandoleiros.[7] Diremos hoje, de *gangsters* ou de terroristas.

Segurança e justiça conjugam-se por liames indissolúveis como elementos determinantes da ordem jurídica positiva. A segurança é o que há de mais elementar e premente como tarefa do poder. Quando os homens, numa tribo primitiva ou numa aldeia de formação recente, aclamam um chefe ou aceitam a primazia daquele que entre eles começa a exercer atos de autoridade, o que esperam antes de mais nada do poder assim constituído é a proteção eficaz a todo o grupo, quer em face das agressões externas, quer na manutenção da ordem interna pela garantia à vida, à liberdade, aos bens e aos demais direitos de cada um. Reclamam, pois, a segurança com a justiça, e esta não consiste apenas na conciliação das liberdades ou dos "arbítrios" — objeto da justiça comutativa — restando ainda considerar a justiça distributiva e a justiça legal. Justiça distributiva, concernente à repartição dos bens e dos encargos sociais; justiça legal, subordinando o interesse dos particulares ao bem comum.

A fórmula usada por Kant reduz o direito a uma harmonização das liberdades. Ora, o direito não é somente isso. O direito positivo, estabelecido nas sociedades políticas, é a medida da atividade dos homens nas suas relações mútuas e na utilização dos bens, segundo um critério de justiça e tendo em vista o bem geral da coletividade.

Sendo a justiça, na definição clássica vinda dos romanos e lapidada por Ulpiano, a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu,[8] e sendo o direito o objeto da justiça — o que é devido a cada um — desde logo se verifica que as noções de direito

7. *Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? De Civitate Dei,* IV, 4.

8. D. 1.1.10.

enquanto lei e mesmo enquanto direito subjetivo são derivadas de uma noção prévia e fundamental. O que conta em primeiro lugar é o justo objetivo, dando origem ao direito subjetivo, pois cada um tem o direito de exigir o que lhe é devido. Este *devido* é expressão do justo objetivo. O poder moral de exigir é o direito subjetivo. Quanto à lei, cabe-lhe determinar os direitos, dar-lhes a proteção da autoridade, garantir os seus titulares no seu exercício e estabelecer as condições deste exercício.[9]

*Ius pluribus modis dicitur.* Aí está outra fórmula lapidar dos romanos, enunciada pelo jurisconsulto Paulo.[10] O que quer dizer que o direito é um termo análogo, isto é, pode ser entendido de vários modos, tem sentidos diferentes embora relacionados entre si.[11] É o justo objetivo, o que é devido a cada um; é o poder moral de exigir o que nos compete (direito subjetivo); é a lei, ou norma regulamentadora do exercício do direito nas relações sociais.

Numa relação de propriedade, o proprietário tem o direito de exigir dos outros o respeito à coisa que lhe pertence, por exemplo, uma casa ou um terreno, cumprindo-lhe exercer esse direito dentro das condições estabelecidas pela lei, que o limita para evitar e seu abuso e impedir que do exercício de um direito resulte danos para o próximo.

Numa relação de crédito, o devedor é obrigado a pagar ao credor uma certa quantia no prazo estipulado e segundo os juros legais.

Os direitos autorais concernentes à edição de um livro estendem-se aos herdeiros do autor por um

9. Precioso ensinamento recolhido no Digesto: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50.18.1).

10. D.1.1.11.

11. Recordemos a divisão dos termos em unívocos, equívocos e análogos, que nos ensina a lógica. Unívocos são aqueles que se empregam sempre com a mesma significação, p. ex., "homem". Equívocos, os que se empregam em sentido totalmente diverso, p. ex., "lente" para designar cristal côncavo ou convexo usado em instrumentos de ótica, ou para significar professor. Análogos, finalmente, os que são empregados em sentido parcialmente idêntico e parcialmente diferente, como é o caso de "direito".

certo número de anos determinado por normas jurídicas específicas.

Nesses e noutros casos, dos mais variados, vemos sempre a norma dirigida a fazer observar o que é justo, e no justo objetivo a idéia essencial do direito. Por isso mesmo, quando o juiz aplica a lei não o faz como um autômato, pois o que ele deve ter em vista acima de tudo é uma sentença capaz de satisfazer as exigências da justiça.[12] Daí a eqüidade como abrandamento ou correção da justiça legal.

Conceito análogo, o direito abrange outras significações derivadas. Com essa expressão designa-se também a ciência jurídica — o que os romanos denominavam *iurisprudentia* — e ainda o fato social que é o direito.

Neste último sentido verifica-se que o direito é elemento imprescindível em toda sociedade, dissolvendo-se a vida social no caos e na anarquia se não houver uma ordem jurídica estabelecida. Nada mais contrário à experiência histórica de todas as épocas do que fazer do direito um produto do Estado, tese característica do totalitarismo de nossos dias, tendo, aliás, neste ponto, como precursores, o liberalismo e o positivismo.[13] Não só porque antes do Estado, que

12. A propósito, ver do autor destas linhas *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, S. Paulo, 1970, págs. 45 e 46. Ou na versão castelhana *La historicidad del derecho y la elaboración legislativa*, trad. de Juan Antonio Sardina-Páramo (Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, vol. 8), Escelicer, Madrid, 1972, págs. 59 a 61.

13. A concepção individualista — um dos pressupostos do liberalismo — faz da sociedade política um simples agregado de indivíduos em face do Estado, sendo este a única fonte donde emanam as normas jurídicas. Por outro lado, o voluntarismo inerente ao pensamento liberal reduz o direito a um mero produto da vontade (no direito privado, o contrato ou acordo de vontades; no direito público, a lei, considerada expressão da "vontade geral"). Quanto ao positivismo jurídico, vem a propósito esta passagem de Norberto Bobbio, em obra citada (págs. 153-154): "No que concerne à definição do direito é característica das teorias positivistas uma concepção voluntarista do direito (*stat pro ratione voluntas*), e uma identificação da vontade criadora do direito com a vontade do soberano político (em definitivo, uma total redução do direito ao direito estatal.... monopolização da produção jurídica por parte do Estado)".

é uma formação política historicamente recente e peculiar à idade moderna, outras sociedades já estavam politicamente organizadas e naturalmente tinham uma ordem jurídica própria, da qual não podiam prescindir, mas ainda por outra razão: a "monopolização" do direito pelo Estado leva a desconhecer a existência e a natureza dos grupos intermediários, cuja esfera autônoma é regulada por uma autoridade social independente do poder do Estado.

O monismo jurídico, não concebendo outro direito senão o estatal, levado ao extremo por Kelsen na identificação do Estado com a ordem jurídica, implica um univocismo que faz perder toda a riqueza de significações do conceito de direito. Sem dúvida, os ordenamentos dos corpos intermediários não constituem o direito da mesma forma que a ordem estatal, mas nem por isso deixam de ter um cunho eminente e precipuamente jurídico. Têm-no acentuado os juristas e sociólogos empenhados em realçar o valor do direito social ou direito corporativo, cujas manifestações na atualidade superam todos os resquícios das concepções individualistas.

O senso da analogia é de uma grande importância para entendermos o direito, e sem ele somos facilmente levados a nos aventurar pelos devaneios idealistas ou a cair nos erros grosseiros do materialismo, que aliás é um idealismo às avessas.

Prevalece a lição dos romanos: *ius pluribus modis dicitur...*

O mesmo se diga das fontes do direito, expressão suscetível de ser tomada em significações diversas, como passamos a ver.

## 2. As fontes do direito

Essa expressão tem um sentido metafórico, sendo que a metáfora é uma forma de analogia. No sentido próprio e originário, fonte significa nascente de água. Por extensão a mesma palavra é aplicada

para designar a origem, o princípio ou causa de alguma coisa, como quando se diz que o sol é fonte de energia e do calor. Note-se a diferença: numa nascente, a água chega até nós, mas ela tem origem nas camadas mais profundas da terra. Assim, também, pode-se distinguir entre as fontes de produção e as fontes de manifestação do direito.

Quando, por exemplo, Gurvitch diz que a fonte do direito positivo é a autoridade qualificada sobre a qual se apóia a força obrigatória de uma norma, ou quando Alexeiev se refere ao ato jurídico criador como fonte primária do direito, ambos têm em vista um princípio originário. Trata-se da fonte de produção do direito. Quando os juristas discorrem sobre a lei, o costume, a jurisprudência, como modalidades da norma jurídica, entre outras que podem ser indicadas, consideram a fonte de manifestação do direito.[14]

Diversas modalidades reveste a norma jurídica quando assim é dada a conhecer aos que devem obedecê-la. Note-se que é especialmente no tocante à norma que se emprega a expressão "fonte do direito". Poderíamos também aplicá-la em relação ao direito subjetivo, mas a linguagem habitual dos juristas a tem reservado para a regra jurídica. E nestes termos cabe indicar as seguintes significações das fontes:

1) fontes do direito no sentido técnico-jurídico (lei, costume, norma jurisprudencial, direito estatutário etc.);

14. Marcou época a publicação do Anuário do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica contendo os trabalhos de sua primeira sessão (1934-1935): *Le problème des sources du droit positif*, Recueil Sirey, Paris, 1934. Entre as comunicações de grande alento apresentadas, estão as de G. Gurvitch, *Théorie pluraliste des sources du droit positif* (págs. 114-131) e de M. N. N. Alexeiev, *L'acte juridique créateur comme source primaire du droit* (págs. 188-208). Eis a definição de direito positivo dada pelo primeiro destes: "a autoridade qualificada sobre a qual se apóia a força obrigatória de uma regra jurídica e que, por sua própria existência, encarnando valores, dá a garantia da eficiência real desta regra" (pág. 117).

2) o fundamento do direito;

3) fontes históricas do direito (*v.g.*, o direito romano, fonte do direito civil moderno, ou as Ordenações Filipinas, fontes do Código Civil brasileiro);

4) fontes literárias (assim, os órgãos oficiais onde são publicadas as leis).

Mais um sentido é de ser lembrado, encarando-se o direito como fato social e indagando-se da origem da norma nos acontecimentos mais variados: transformações econômicas, movimentos políticos, proselitismos ideológicos, ação dos grupos de pressão etc. É o que se tem chamado de fontes materiais ou reais, por fornecerem a matéria à norma, que é fonte formal, e por se tratar de fatos da realidade social dando conteúdo à regra de direito.

Quanto ao segundo sentido mencionado acima — o fundamento do direito —, faz-se passar da ciência jurídica, no sentido estrito, à filosofia do direito. Observa Georges Gurvitch que "o problema das fontes do direito positivo constitui o problema crucial de toda reflexão jurídica; é o ponto central da filosofia do direito, em torno do qual converge toda a complexidade de seus temas".[15]

Se de um modo geral as fontes podem significar a manifestação de alguma coisa ou a sua produção, sendo neste caso princípio ou causa, as fontes do direito apresentam também esse duplo aspecto. Trata-se das diversas espécies ou modalidades através das quais se nos manifesta a norma jurídica, imposta coercitivamente e mediante os processos técnicos peculiares ao direito positivo; ou então da autoridade que a produziu, ou ainda do ato de que resultou a norma. E num sentido mais profundo, fonte significará a justificação racional da regra de direito, seu fundamento transcendente, aspecto este que nos conduz do direito positivo ao direito natural.

Em Roma, as modalidades da norma de direito, isto é, as fontes formais do direito positivo no sentido técnico-jurídico, eram o costume, a lei, os ple-

15. *Le problème des sources du droit positif*, pág. 114.

biscitos, os senatus-consultos, as constituições imperiais, os editos dos magistrados (*responsa prudentium*). Mas o direito não se confinava simplesmente na idéia de algo emanado da correspondente autoridade a que se prendiam tais fontes. Acima da vontade do povo, do príncipe ou dos senadores — de que respectivamente decorriam os plebiscitos, as constituições imperiais e os senatus-consultos — reconhecia-se uma lei superior, *recta ratio, naturae congruens, constans, sempiterna,* no dizer de Cícero, ou seja, o direito na sua fundamentação transcendente. E por isso é que o mesmo Cícero dizia que se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes pudessem por si só constituir direito, então bastaria o beneplácito de tais autoridades para que o latrocínio, o adultério, a falsificação dos testamentos passassem a ser considerados juridicamente legítimos.[16]

Por outras palavras, apontando o problema básico do tema concernente às fontes do direito, podemos dizer, com eminente jurista de nossos dias, que "se trata de decidir: se o direito é um produto da vontade, racional ou arbitrária, do Estado, ou da sociedade, ou dos juízes; ou bem se é algo objetivo que os transcende e a respeito do qual a missão destes consiste em achá-lo, iluminá-lo, exteriorizá-lo e velar por seu cumprimento".[17]

Na Roma clássica o direito caracterizou-se por ter sido "iluminado", isto é, esclarecido e dado a conhecer pelos juristas. O poder público amparava-o, dava-lhe a proteção e velava pelo seu cumprimento, mas só excepcionalmente o formulava. Na época pós-

16. *De republica,* II, 22 e *De legibus,* I, 16. O orador romano acrescentava que para distinguir o bem do mal — e conseqüentemente o justo do injusto — outra norma não temos senão a da natureza. A mesma afirmação do direito natural como fundamento do direito positivo está bem clara naqueles três preceitos do Digesto: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1.1.10).

17. Juan Vallet de Goytisolo, *Algunas consideraciones en torno a las fuentes del derecho* (comunicação desenvolvida ante o plenário de Acadêmicos de número), Madrid, 1973, em separata, pág. 21.

-clássica, porém, quando o Imperador reuniu em si as funções das diversas magistraturas, sua vontade, expressa pelas constituições, tornou-se a única fonte do direito.

O direito em sua elaboração deixou assim de ser um *legere*, isto é, a leitura de algo objetivo, inserido numa ordem natural a ser respeitada e transcendendo do jurista que o lê e formula, passando a consistir num *velle*, mera expressão da vontade do legislador. [18]

O mesmo que em Roma, veio a ocorrer séculos mais tarde, após a época do Renascimento e da revolta protestante, com a nova mentalidade então formada e influindo decisivamente na transformação dos regimes políticos, ao sabor do individualismo e do voluntarismo. Começou-se a ver na lei o produto da vontade do príncipe (absolutismo monárquico) ou do povo (absolutismo democrático), surgindo ao mesmo tempo a tendência para reduzir o direito à lei, donde o legalismo formalista e a identificação positivista da ordem estatal com a ordem jurídica. [19]

Não se negue a importância da lei escrita, entre as fontes do direito, e o seu valor como produto deliberado — no que se distingue da espontaneidade do direito costumeiro —, traço este que dela faz um instrumento apto a estabelecer com precisão de termos as suas determinações, conseqüência de grande alcance em benefício da segurança nas relações jurídicas.

18. *Loc. cit.* Prossegue o autor fazendo ver que, no amplo sentido de estabelecer normas jurídicas, o legislar tem sido considerado alternativamente um *legere* (verbo a que etimologicamente alguns atribuem a origem da palavra *lex*); um *velle* (voluntarismo jurídico: lei como produto da vontade de quem determina a norma); um *agere* (concepção da escola histórica alemã: o direito resultante da consciência popular, manifestada principalmente pelo costume); e finalmente um *facere*, este "evidentemente baseado num *velle* do poder político, mas que especificamente não só tende a impor um *agere* à sociedade, senão que, além disso, trata de transformá-la, reconstruí-la, estruturá-la segundo o modelo ideal forjado "racionalmente" pelo próprio poder político" (totalitarismo e tecnocracia).

19. Cf. supra 1 e particularmente o trecho de Norberto Bobbio citado à nota 13.

Entretanto, cumpre não atribuir à lei um poder mágico criador e transformador das coisas, nem tampouco fazê-la derivar de um apriorismo ou abstracionismo dominante na mente do legislador e cavando um abismo entre o direito formalmente elaborado e a vivência social, ou seja, entre as fontes do direito no sentido técnico-jurídico e as fontes reais ou materiais.

Nesse sentido é que Joseph de Maistre, criticando as constituições políticas eivadas desse abstracionismo, que aliás continuaram a proliferar depois dele, escreveu: "Um dos grandes erros de um século que os professou todos foi de crer que uma constituição política pudesse ser escrita e criada *a priori*". Acrescentando: "o que há precisamente de mais fundamental e de mais essencialmente constitucional nas leis de uma nação não poderia ser escrito".[20]

Das considerações até aqui expendidas passemos agora a situar precisamente a questão das fontes do direito positivo em face do direito natural.

## 3. Do direito positivo ao direito natural

Dizendo que a consideração das fontes do direito nos seus fundamentos nos conduz do direito positivo ao direito natural, não devemos entender, por esta maneira de expressar, que se trata de dois planos inteiramente diferenciados ou dois compartimentos estanques. Tal seria a idéia daqueles que colocam o direito natural numa fase anterior ao direito positivo, no estado de natureza por eles imaginado antes do homem começar a viver no estado de sociedade, ao qual teria passado por meio de um hipotético contrato. Ou então a dos que fazem do direito natural um ideal, um modelo para o direito positivo. Ou ainda a dos que admitem o direito natural num sentido puramente ético e não jurídico, separando a moral do

20. *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, I.

direito e fechando-se nas categorias do positivismo quando se trata da ordem jurídica positiva.

Essas visões errôneas do direito natural deixam de considerá-lo como fundamento do direito positivo, passando este a valer por si mesmo e deixando de ficar na dependência de um critério objetivo superior que se impõe ao legislador na elaboração do direito e ao juiz na sua aplicação. Critério transcendente em relação às determinações contidas na ordem jurídica positiva. Critério de justiça, onde se encontra a *ratio iuris,* ou seja, a própria razão de ser do direito. Critério que implica reconhecimento de uma ordem natural moralmente inviolável e cujas normas se impõem à vontade do legislador e do juiz. Tais normas são, por exemplo, aqueles três preceitos do direito formulados pelos romanos; viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu. São os preceitos da lei natural, que se contêm no primeiro princípio da ordem prática: deve-se fazer o bem e evitar o mal. Princípio este evidente e com um valor axiomático semelhante ao dos princípios de não contradição, razão suficiente, finalidade e causalidade no plano da razão especulativa.

Sem o reconhecimento da lei natural e a subordinação a um critério objetivo de justiça, o direito positivo torna-se mera expressão da vontade do poder, isto é, da força social dominante. É o domínio do voluntarismo incontrastável, que, nas condições atuais das sociedades políticas, dá origem à última e mais refinada forma do poder absoluto: o Estado totalitário.

O direito do "estado de natureza" segundo os adeptos das teorias do contrato social, é um direito já ultrapassado, desde que constituídos os vínculos entre os homens nas suas relações permanentes. O direito "ideal" é um direito a ser alcançado na miragem do aperfeiçoamento das instituições jurídicas existentes. Nesses casos o direito natural está simplesmente no *passado* ou no *futuro* e nada tem que ver com a vigência atual do direito positivo, isto é, com as fontes deste direito, que dele independem.

Ora, na verdade o direito natural existe no *presente,* em face do direito positivo vigente. A validade deste, no sentido de permitir a realização do justo, depende essencialmente de sua conformidade ao direito natural, que, por isso mesmo, impregna a ordem jurídica positiva com os seus princípios superiores fora dos quais não há lei, mas mandato arbitrário, não há justiça, mas iniqüidade, não há direito, mas simplesmente força.

A constante presença do direito natural na realidade da vida do direito acarreta sua permanente vigência na filosofia do direito, não obstante as arremetidas de toda sorte contra ele dirigidas pelo positivismo jurídico.[21] E vigência, note-se bem, por ser reconhecido como o fundamento transcendente do direito, a sua fonte no sentido da produção, da *ratio essendi* do justo e da norma jurídica.

Do que foi dito até aqui cabe concluir que o direito natural é transcendente e imanente em relação ao direito positivo.

Sua transcendência está em que independe de qualquer ordem jurídica positivamente instituída, resultando de uma ordem natural e sendo conhecido à luz da razão, que apreende naturalmente os princípios primeiros da ordem prática. Transcendência em relação à própria ordem natural, estabelecida pelo Criador e Ordenador do universo, donde o ser a lei natural humana uma participação da lei eterna na criatura racional.[22]

21. Explica-se assim que freqüentemente se tenha falado na "renascença" do direito natural. Melhor expressão é a de H. Rommen, referindo-se ao "perpétuo retorno" do direito natural (*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts,* em tradução francesa: *Le droit naturel,* Egloff, Paris, 1945). Melhor ainda e mais exata a de P. Delhaye, *Permanence du droit naturel,* E. Nauwelaerts, Louvain; Librairie Giard, Lille; Librairie Dominicaine, Montreal, 1960.

22. É a definição de Santo Tomás de Aquino: *participatio legis aeternae in rationali creatura* (*S. Th.,* I.ª II.æ, q. 91, art. 2). E ainda o Doutor Angélico: *Ius naturale continetur primo quidem in lege aeterna, secundario vero in naturali iudicatorio rationis humanae* (*S. Th.,* I.ª II.æ, q. 71, art. 6, ad 4). Cf. supra cap. IV.

Mas isso não obsta a que ele seja também imanente, no sentido daquela sua presença nas disposições do direito positivo vigente, que se tornam injustas, digamos mesmo *injurídicas* sempre que contrastam o direito natural.

Donde a conclusão de que o direito natural antecede o direito positivo, não devido a corresponder a uma hipotética e fantasiosa fase pretérita por este superada, mas porque o excede num plano superior pela universalidade e pela significação dos seus princípios, fora dos quais em vão se procurará atingir o constitutivo essencial do justo. Antecede-o sob tal aspecto, e ao mesmo tempo lhe é, por outro lado, concomitante, em virtude informar a ordem jurídica positiva com esses princípios sem os quais esta ordem deixa de ser uma ordem de justiça.

Nada mais falso, portanto, do que estabelecer rígida dicotomia entre o direito positivo e o direito natural, concebida à maneira de uma divisão de dois ramos totalmente separados da mesma árvore. Assim fazem os que admitem o direito natural com valor puramente ético e confinam o âmbito do jurídico na esfera do direito positivo entendido segundo as categorias positivistas. Ranço kantiano da separação entre o direito e a moral, que ainda emana da obra de muitos juristas na atualidade.[23]

23. É característica, nesse sentido, a posição de Hans Kelsen, que focalizou por mais de uma vez o problema. Veja-se, de sua autoria, *Das Problem der Gerechtigkeit*, em apêndice à 2.ª ed. do *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Viena (num volume à parte, em versão portuguesa, traduzido e prefaciado por João Baptista Machado, *A justiça e o direito natural*, Antônio Amado Editor, Coimbra, 1963). Veja-se também a contribuição do famoso teórico vienense do Estado e do direito ao vol. 3 dos *Annales de Philosophie Politique*: *Le Droit Naturel* (P. U. F., Paris, 1959), no mais extenso dos estudos aí reunidos (págs. 1 a 125). Por sua vez, Norberto Bobbio, na já citada coletânea *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, sustenta ser possível, segundo o prisma pelo qual seja focalizado o assunto, conciliar jusnaturalismo e positivismo jurídico. Excelentes apreciações críticas sobre esta obra e a posição do seu autor encontram-se na exposição de V. Lamsdorff-Gallagane apresentada às Primeiras Jornadas Hispânicas de Direito Natural (Madrid, 1972) versando sobre *Los dos aspectos del*

O certo é considerar o direito positivo composto pelos vários ramos de uma árvore frondosa, os quais constituem as diversas fontes do direito, todas elas vivificadas pela seiva do direito natural. Se esta não circula, a árvore se reduzirá a um acúmulo de galhos secos.

A ordem jurídica positiva compreende normas que são ora como que conclusões da lei natural, isto é, do direito natural no sentido normativo, ora determinações dessa lei superior. Assim, as leis pelas quais o homicídio é punido estão no primeiro caso; os dispositivos de fixação da pena, no segundo. A repressão do delito decorre de uma exigência de justiça fundada na lei natural, lei em que se apóia o direito à vida de cada um (direito natural no sentido subjetivo). Variam as modalidades da pena e seus graus conforme as circunstâncias agravantes ou atenuantes, no que entram ainda exigências de uma justiça natural, mas no que se levam em conta também razões de ordem social a serem medidas pela prudência do legislador (por exemplo, se a pena deve ser de prisão ou de trabalhos forçados).

No tocante às disposições conclusivas, o legislador confirma as disposições superiores, que ele não pode alterar sob pena de estabelecer um "direito contra o direito".

Quanto aos preceitos que são meras determinações da lei natural, dependem do alvitre de quem tem autoridade para fazer a lei. Trata-se de um terreno neutro onde não há imperativos éticos imediatos a observar (por exemplo, quando se determina a mão direita para o trânsito dos veículos, ou a luz verde como sinal de livre passagem).

Não se confundam a ordem moral e a ordem jurídica positiva, esta num plano de considerações de natureza sociológica e com uma técnica peculiar, adequada ao cumprimento das razões não só de justiça, mas também de segurança e de utilidade

*derecho natural*: *ontología jurídica y criteriología jurídica*, em *El derecho natural hispánico* (Atas de referidas Jornadas), Escelicer, Madrid, 1973, págs. 45 a 71.

social que a determinou. Distintas embora, erro gravíssimo seria, porém, separá-las, pois a ordem jurídica positiva não é simples criação da autoridade e encontra sua fundamentação última além das fontes do direito em sua acepção técnico-jurídica. Essa fundamentação está numa razão superior de justiça, cujo critério objetivo e permanentemente válido é o que tradicionalmente se vem denominando direito natural.

CAPÍTULO VII

# O DIREITO CIVIL ENTRE O "IUS NATURALE" E A TECNOCRACIA *

Ao direito civil pertence a primazia cronológica e ontológica do direito. Regulamentando instituições visceralmente ligadas à natureza humana, ele antecede historicamente os outros ramos da árvore jurídica. E uma vez desabrochados estes, continua o direito civil a ser a expressão do justo objetivo que de modo mais direto, imediato, íntimo, afeta a pessoa humana no concernente aos seus direitos personalíssimos, à vida de família e às relações interindividuais.

Considera-se aqui o direito civil no seu sentido atual, isto é, na qualidade de direito comum e abrangendo o direito de família, o das coisas, o das sucessões e o das obrigações, tendo-se destacado deste último o direito comercial.

Para os romanos — que nos deram o termo — *ius civile* era todo o direito positivo de um Estado (*ius proprium ipsius civitatis*): ou na divisão bipartida de Gaio, distinto do *ius gentium;* ou na tripartição de Ulpiano, diferenciado do *ius gentium* e do *ius naturale.*

Sem entrar no exame destes conceitos de suas significações, de seus matizes, entre os juristas romanos e posteriormente entre os canonistas e teólogos medievos, em grande parte tributários daqueles, cumpre tão-somente realçar a coincidência do termo,

* Artigo escrito para a *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* de São Paulo (1977).

empregado de início para designar todo o direito positivo e restrito hoje ao direito privado.

Nas sociedades mais simples há que atender desde logo às necessidades mais elementares dos homens, aos seus interesses vitais, às aspirações de segurança e justiça atinentes não apenas aos indivíduos mas também à existência do grupo num regime de paz social. A urgência de assegurar o direito à vida de cada um e o respeito aos seus bens, com a devida repressão das infrações cometidas contra a ordem que deve reinar na sociedade, faz surgir o direito penal. Mas este, por sua vez, supõe o reconhecimento prévio dos direitos a serem tutelados, o que é objeto do direito civil enquanto particulariza princípios gerais do direito natural, compreendendo normas sobre a constituição da família, a propriedade ou o cumprimento da palavra dada, além de amparar os direitos inerentes à pessoa. Entenda-se aqui o "direito civil" no seu sentido estrito, e não no sentido amplo que tinha entre os romanos.

## 1. O direito da sociedade e o direito do Estado

O Estado, tal como o conhecemos hoje, é uma formação política datada de cerca de quatro a cinco séculos. A organização de um aparelhamento político-administrativo centralizador inexistiu na Idade Média, quando a sociedade era extremamente descentralizada e a soberania se fragmentava nas mãos dos senhores de terras. Antes de serem constituídos os modernos Estados, o poder político estava na pessoa do rei, que o exercia tendo ao seu redor numerosas autoridades sociais, de onde lhe vinham limitações, das quais se foi aos poucos libertando, à medida que iam acrescendo suas funções. Foi isto o que ocorreu com as monarquias absolutas, sendo de notar, porém, que o crescimento e a centralização do poder se tornaram muito mais acentuados nas democracias oriundas da Revolução de 1789. Daí por diante o Estado começava a ser o Minotauro da penetrante análise de

Bertrand de Jouvenel [1] e cuja imagem se delineia no regime napoleônico. Ao absolutismo monárquico sucedia o absolutismo democrático, e o poder institucionalizado eliminava o poder pessoal.

É interessante observar que a famosa frase atribuída a Luís XIV — *l'État c'est moi* — na verdade caberia melhor a um soberano medieval e, longe de ser expressão de um poder absoluto, teria precisamente um significado contrário. O poder político era apenas o poder do rei, o Estado confundia-se com a pessoa do soberano, e conseqüentemente estava reduzido a funções mínimas. Ao monarca não cabiam as imensas tarefas de elaboração legislativa dos parlamentos modernos e muito menos a incumbência de administrar a sociedade. Podia dizer-se dele: o rei reina, governa e não administra. Quando os monarcas absolutos começaram a administrar, foi-se constituindo o Estado além dos limites do poder pessoal, e então o Estado já não era apenas o rei, embora a vontade do monarca prevalecesse com força de lei. Com a monarquia constitucional sob a influência do liberalismo, nos regimes parlamentaristas, o rei "reina e não governa", mas a administração estatal, no seu crescendo, tende a abarcar uma série de atividades antes a cargo dos corpos intermediários, cuja autonomia é sacrificada ao Minotauro ultracentralizador. Por sua vez os parlamentos ganham poderes que por vezes excedem de muito os de um monarca absoluto no Antigo Regime. [2]

Se o rei "não ousava tocar no direito civil" [3] e somente no século XVIII matérias civis eram regulamentadas pelas grandes ordenações de d'Aguesseau,

1. Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance* (Les Éditions du Cheval Ailé, Constant Bourquin, Genève).

2. Como faz notar Ripert, a Revolução fundou o poder legislativo num novo absolutismo. O poder do rei foi transferido à nação. Que resultou dessa "pretensa transferência de soberania" (sic)? Responde o mesmo autor: "Nunca o rei de França teve.... um poder comparável ao de um Parlamento moderno" (G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 5).

3. G. Ripert, *loc. cit.*

isto se deve a uma consciência bem clara que se tinha de que a sociedade, pelo costume e pelas suas instituições, gera uma ordem jurídica própria, não devendo o Estado desconhecê-la, nem muito menos absorvê-la, mas sim assegurar-lhe a sobrevivência e o desenvolvimento.

Estava-se muito longe da concepção de Cambacères, no seu *Discours sur la science sociale,* afirmando que "todo direito deve emanar da autoridade pública", entendida esta, é bem de ver, como a autoridade do Estado. A Revolução Francesa, com a "centralização administrativa sem precedentes por ela forjada" [4] — e com a exaltação da lei como produto da "vontade geral" sempre reta, no dizer de Rousseau — e depois dela a escola de exegese, reduzindo o direito à lei, e ainda outras formas de positivismo jurídico sacrificaram o direito da sociedade civil nas aras do Estado erigido em criador do direito.

Até mesmo um governo absolutista e para a sua época bastante centralizador, como foi a monarquia francesa nos tempos de Luís XIV, sabia deter-se ante o direito civil e respeitar as autonomias corporativas e regionais. *Il faut ne point toucher aux usages du pays d'Alsace*... determinava o "Rei Sol" ao ser essa província anexada à França. Que dizer então de outros regimes daquela mesma época, tal como a monarquia federativa das Espanhas, caracterizada pela coexistência de ordens jurídicas distintas e pela continuidade assegurada às liberdades concretas, que tinham nos *fueros* uma eficaz proteção ao direito da sociedade civil contra as possíveis intervenções descomedidas e arbitrárias do poder central?

Não seria possível, então, uma filosofia jurídica que reduzisse todo o direito ao direito do Estado, identificando estes dois termos, tal qual se chegou a fazer em nossos dias.

4. O Prof. Gerard Lebrun, no artigo *O autoritário "Estado moderno" e seu destino,* publicado em *O Estado de S. Paulo* (22.7.1977) chama a atenção para esse aspecto da Revolução Francesa, na qual não se deve ver apenas "o registro de nascimento da sociedade liberal".

Por mais que a centralização incipiente e crescente levasse por vezes a espezinhar direitos e liberdades, os juristas do tempo conservavam bem viva a idéia de uma ordem objetiva não estabelecida pelas normas emanadas do poder político, mas à qual estas devem adequar-se. Lembrem-se, a título de exemplo, as obras dos jurisconsultos Edward Coke e Jean Domat, em pleno absolutismo de Jaime I da Inglaterra e de Luís XIV respectivamente. Posteriormente, na Itália e em face do abstracionismo iluminista do século XVIII, Rosmini escrevia sobre a "constituição natural da sociedade civil" para criticar aqueles que queriam fazer da Constituição uma espécie de Minerva saindo da cabeça de Júpiter. A teoria revolucionária do *pouvoir constituant* fazia deste um Júpiter legislador e impunha à sociedade um regime político decorrente de pressupostos ideológicos. Desde o século XVIII o *idealismo* passou a prevalecer sobre o *realismo* nas doutrinas políticas, nas concepções dos juristas, na obra legislativa e até mesmo na aplicação do direito, sempre que tais doutrinas e concepções ou a atividade dos legisladores e dos juízes deixavam inspirar-se pelo subjetivismo, que foi a princípio romântico, depois racionalista, em seguida positivista... para tornar-se em nossos dias tecnocrático. [5]

Vêm daí as construções jurídicas e os planejamentos políticos ou econômicos delineando uma ordem nova ou modificando a ordem existente segundo concepções da mente humana, dando origem às ideologias e também às utopias da cidade futura.

Se na atual tecnocracia esse subjetivismo se manifesta sobretudo nos planos de reconstrução econômica, no século passado, a idade de ouro do constitucionalismo liberal, foi o direito político o seu terreno de eleição. Vimos então surgirem por toda parte constituições elaboradas por assembléias constituintes a que se atribuía um poder criador para dar ao Estado

5. Romântico à moda de Rousseau. Racionalista na esteira de Kant. Positivista em suas variadas modalidades, desde a escola de exegese (positivismo legalista) até à teoria pura do direito (Hans Kelsen).

e até à sociedade uma lei fundamental, como se esta não existisse já na própria constituição natural e histórica de cada povo. Donde freqüentemente o conflito entre a lei constitucional e a realidade constitucional, entre o direito do Estado e o direito da sociedade, este postergado por aquelas construções jurídico-políticas eivadas de abstracionismo ideológico. No século passado as constituições foram liberais, neste século passaram a ser social-democráticas ou francamente socialistas, tudo dependendo da composição das assembléias — cabendo à maioria decidir — ou da vontade do detentor do poder, no caso das outorgadas.

A Constituição é a lei fundamental do Estado, e a idéia de lei fundamental passou por várias fases. Primeiramente ela surgiu como lei de garantias, tendo-se em vista a defesa dos direitos dos súditos e o estabelecimento de um obstáculo às arbitrariedades do poder real. Assim foi a Magna Carta inglesa, documento básico do regime de *rule of law.* Tratava-se de um pacto entre os súditos e o soberano. Esse caráter de um acordo entre a sociedade e o poder, nas dimensões do Estado moderno, continua a existir nas Constituições da França revolucionária, e também na primeira Constituição escrita e sistematicamente elaborada, a dos EUA. Além disso, a Constituição ficou sendo lei fundamental no sentido de firmar os princípios concernentes à estruturação do poder político. Recorreu-se ao expediente da separação de poderes, sugerido pela leitura do *Esprit des lois* de Montesquieu, para evitar o abuso do poder. Ainda aí vemos que o objetivo precípuo da Constituição estava em amparar os direitos dos cidadãos, promovendo aquela estruturação de maneira a oferecer a estes uma garantia contra o despotismo. Donde o famoso art. 16 da Declaração de Direitos francesa proclamando que a nação "em que não é assegurada garantia dos direitos e determinada a separação de poderes não tem Constituição". Em época posterior, a Constituição, além de ser o texto fundamental relativo à organização do poder do Estado, passou a estabelecer também os princípios jurídicos fundamentais de toda a ordem social. Esta idéia já se continha na concepção do *pouvoir*

*constituant*, mas se tornou mais claramente expressa nas constituições elaboradas após a primeira guerra mundial, quando o individualismo das primeiras Declarações de Direitos e do "Estado jurídico" liberal era superado pela "social-democracia". Assim, entre nós, ao contrário da Constituição de 1891, que se limitava à organização dos poderes e à garantia dos direitos individuais, a de 1934 e as seguintes ampliaram a esfera dos seus dispositivos, para abranger, como matéria constitucional, a ordem econômica e social, a família, a educação, a cultura e a segurança nacional.

É perfeitamente compreensível que se procurasse elevar a um plano de prioridade normas jurídicas concernentes à família, ao trabalho ou à propriedade, sem falar ainda na defesa nacional. Colocando-se, por exemplo, a família "sob a proteção especial do Estado", nos termos da Constituição brasileira de 1934, e aí se assegurando o respeito ao princípio da indissolubilidade matrimonial, tinha-se em vista preservar instituições basilares da sociedade civil, não as deixando à mercê das variações da legislação ordinária e fortalecendo-as na sua regulamentação jurídica, uma vez revestida esta da intangibilidade constitucional.

Entretanto, esta intangibilidade freqüentemente não passava de um mito. As constituições tinham, muitas vezes, vida mais curta que os códigos. As revoluções políticas e as reformas constitucionais, alterando a lei magna ou substituindo-a por outra, tiravam a esta aquele cunho de estabilidade que devia caracterizá-la em face das leis ordinárias.

Mesmo assim, a Constituição, abarcando nos seus fundamentos toda a ordem jurídica e traçando diretrizes para a organização da sociedade, era fonte de um direito superior, do qual todos os outros ramos de direito dependiam. Vinha, de certo modo, substituir o direito natural, enquanto fundamentação da ordem jurídica, daí resultando a idealização de Kelsen segundo a qual a *Grundnorm* é comparável ao ápice de uma pirâmide, nesta configurando-se o direito positivo de um Estado.

Conseqüentemente, ao direito constitucional era dada uma primazia entre os demais ramos do direito. Enquanto a matéria constitucional se restringia à organização de poderes e à garantia de direitos, isso não implicava que se deixasse de manter nítida diferenciação entre o direito político e o direito civil. Mas com o alargamento daquela matéria, com o acréscimo das funções do Estado, com a socialização do direito privado, foi-se dando, no âmbito deste último, uma invasão do direito público, preparada por aquela maior amplitude da esfera constitucional e assinalada posteriormente pelo primado do direito administrativo e pela supervalorização do direito tributário.

A constituição do Estado prevaleceu sobre a constituição da sociedade, absorvendo-a progressivamente. E deixou-se de levar em conta a recomendação de Montesquieu: "Cumpre não regular pelos princípios do direito político as coisas que dependem do direito civil". [6]

*Tout devient droit public...* escrevia Portalis na exposição preliminar do Código Civil francês. Assim o afirmava para fazer ver que, nas épocas de revolução, a preocupação política induz a relegar a um plano secundário os interesses privados, razão pela qual o Código, a seu ver, não devia ser elaborado com critérios que o submetessem às leis revolucionárias, leis de caráter político e de contestável valor jurídico.

Nem a cautela aconselhada por Montesquieu, nem o empenho de Portalis em defender a autonomia do direito civil, encontraram juristas e homens de Estado, dotados de real influência, que mantivessem os mesmos propósitos e fossem capazes de se opor à exagerada publicização do direito. Esta, atingindo seu extremo nos Estados totalitários, manifesta-se hoje como tendência generalizada, particularmente típica onde prevalece a tecnocracia.

Manipulando uma sociedade massificada e apoiado no dirigismo estatal, o poder político atua como se

6. *Esprit des lois,* XXVI, 15.

a sociedade não tivesse uma constituição própria, entra em concorrência com os corpos intermediários ou simplesmente passa a exercer as funções destes, como se eles não existissem, e enquadra os indivíduos e os grupos nas suas planificações. Uma tal atuação não se verifica apenas na ordem econômica ou para atender a objetivos de segurança, pois até planejamentos familiares são feitos... e o Estado torna-se distribuidor de pílulas anticoncepcionais.

O autor destas linhas já teve ocasião de mostrar que a sociedade de massas e o dirigismo estatal são pressupostos do Estado tecnocrático.[7] Não se confundam técnica e tecnocracia. Em face de realidades do nosso tempo como a cibernética e a informática, não se poderá contestar o valor da técnica na administração. À prudência política dos homens de Estado cabe dirigi-la de maneira a ser exercida com salvaguarda dos valores humanos. Estes são postos em risco pela tecnocracia, substituindo a prudência pela eficiência, os políticos pelos técnicos e o "governo dos homens" pela "administração das coisas" segundo as expressões de Saint-Simon, em quem hoje devemos ver, muito mais do que em Rousseau ou Marx, o grande profeta do Estado moderno. A política é um saber "arquitetônico", no ensinar de Aristóteles, e a *praxis* tecnicamente eficiente deve ser ordenada a fins superiores, discernidos por esse saber mais alto.

Sendo a sociedade política um conjunto de famílias e outros grupos ou corpos intermediários, ela nos apresenta uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, pois estes corpos têm uma capacidade normativa e disciplinar pela qual estabelecem uma ordem própria. Numerosos juristas o têm reconhecido, ultrapassando os lindes do individualismo de outrora, que reduzia o direito à lei do Estado e ao contrato ou manifestação de vontade nas relações interindividuais. A centralização da sociedade, sob o dirigismo estatal, tende à supressão daqueles ordenamentos, ou seja, do direito da sociedade, absorvido pelo direito do

7. Veja-se o ensaio *O Estado tecnocrático,* Edição Saraiva, 1973, caps. II e III, e cap. IV, 5.

Estado. Além disso, os direitos individuais são submetidos à ordem econômica, política e social num processo que acarreta a "transformação do direito civil, expresso em termos de direitos subjetivos, em direito público".[8]

A respeito de tal centralização, nunca é demais recordar estas palavras de Royer-Collard na Câmara de Deputados, em janeiro de 1822, palavras altamente expressivas e antecipadoras.[9]

"Vimos a velha sociedade perecer, e com ela essa multidão de instituições domésticas e de magistraturas independentes que ela tinha no seu seio, fascículos poderosos de direitos privados, verdadeiras repúblicas na monarquia. Estas instituições, estas magistraturas não compartilhavam, é certo, a soberania; mas elas lhe opunham por toda parte limitações que a honra defendia com obstinação. Nenhuma sobreviveu, e nenhuma outra se levantou em seu lugar. A Revolução não deixou de pé senão os indivíduos. A ditadura, que a determinou, consumiu, sob este aspecto, sua obra; ela dissolveu até mesmo a associação, física por assim dizer, da comuna; ela dissipou até a sombra das magistraturas depositárias dos direitos e votadas à sua defesa. Espetáculo sem exemplo! Não se tinha ainda visto, a não ser nos livros dos filósofos, uma nação tão decomposta e reduzida a seus últimos elementos. Da sociedade em poeira saiu a centralização; outra não foi a sua origem. A centralização não veio, como tantas outras doutrinas não menos perniciosas, de fronte erguida, com a autoridade de um princípio; ela penetrou modestamente, como uma conseqüência, uma necessidade. Com efeito, onde não há senão indivíduos, todos os negócios que não são deles, são negócios públicos, os negócios do Estado. Onde não há magistrados independentes, não há senão delegados

8. A observação é de Alejandro Guzmán Brito, em sua apresentação dos *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* de Michel Villey, Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976, pág. 12.

9. Apud Bertrand de Jouvenel, *op. cit.*, págs. 354 e 355, e Louis Daujarques, *Le néo-dirigisme téchnocratique,* separata de *Permanences* (46 e 47), Paris, pág. 6.

do poder. Foi assim que nós nos transformamos num povo de *administrados,* sob o guante de funcionários irresponsáveis, por sua vez centralizados no poder do qual eles são os agentes".

O progresso industrial, as novas condições criadas pela tecnologia, imperativos de segurança e outras razões ponderáveis, justificam plenamente, em nossos dias, um aumento da centralização. Não justificam, porém, de forma nenhuma, as suas exorbitâncias, e que o Estado não tenha um critério a orientar suas intervenções na ordem econômica e social, sabendo respeitar a legítima autonomia dos corpos intermediários e a capacidade destes para gerar um direito próprio.

O direito civil, que é, por excelência, o direito da sociedade, sofre as conseqüências desses excessos centralizadores, decorrentes daquela "pulverização" da sociedade pelo individualismo liberal e acentuados com o totalitarismo e a tecnocracia.

## 2. Direito natural e direito histórico nas transformações do direito civil

Sob o individualismo, enaltecendo o princípio da autonomia da vontade, parece ter o direito civil atingido o seu maior prestígio, na época das codificações. Entretanto, vem daí exatamente a crise em que se encontra, assinalada de um lado pela já mencionada publicização do direito, e de outro por motivos intrínsecos e mais profundos, a saber: 1.°) esse mesmo individualismo voluntarista, desprendendo o direito civil de suas origens no direito natural; 2.°) uma ruptura com o direito histórico.

Examinemo-los sucessivamente.

1) O princípio da autonomia da vontade, entendido de forma radical e levado às últimas conseqüências, implica o desconhecimento das realidades subjacentes à ordem jurídica e nas quais esta deve achar-se arraigada. Antes de ser inserido na ordem jurídica da sociedade organizada politicamente pelo Estado, o

direito civil já é o direito de família. "Em nenhuma das instituições jurídicas do direito privado se mostra talvez com mais evidência a dependência em que as idéias se acham em face das realidades... do que no direito matrimonial". Assim o pondera Gustav Radbruch, acrescentando: "Não foi por mera casualidade que os juristas romanos apresentaram, precisamente, como exemplos de instituições de um direito natural, em que a natureza das coisas se impõe tiranicamente (sic) ao legislador, a união dos sexos e a procriação e educação dos filhos". [10] Ora, o individualismo, reduzindo o casamento a um mero contrato dependente da vontade dos cônjuges, e equivalente aos demais contratos a ponto de poder ser desfeito como estes, veio por tal forma negar-lhe o caráter institucional, que transcende o direito positivo e decorre da constituição natural da família.

Como o direito de família, as outras partes do direito civil também compreendem certos dispositivos fundamentais que manifestam aquela dependência de uma realidade perante a qual à vontade humana não é de se reconhecer uma tão ampla autonomia que lhe permita produzir normas jurídicas com a inobservância de preceitos naturais concernentes a essa mesma realidade. É o que se dá, no direito das coisas, com a propriedade, e no direito das sucessões, com a sucessão hereditária, tendo esta por pressupostos a constituição natural da família e o direito natural de propriedade. [11] Quanto ao direito das obrigações, em grande parte resulta da aplicação do princípio

10. Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, tradução de L. Cabral de Moncada, 4.ª ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1961, vol. II, págs. 55 e 56.

11. O direito de propriedade é direito natural no sentido tomista do *ius gentium*, isto é, direito natural secundário, derivado, à moda de conclusão, dos princípios primários da lei natural. A idéia de "socialização" do direito, segundo a entendem os que a tornam equivalente de "estatização", leva estes seus adeptos a pretenderem reduzir a propriedade a mera função social. Ora, a propriedade *é* um direito que *tem* uma função social. Enquanto direito, fundamenta-se na prioridade ontológica e teleológica do ser humano sobre a sociedade.

de fidelidade contratual (*pacta sunt servanda*), sem esquecer o importante princípio da reparação do dano, correspondente ao *alterum non laedere* dos romanos.

O voluntarismo faz da vontade a criadora do direito, mediante a lei — expressão da vontade geral — e o contrato ou acordo de vontades individuais. Embora estas idéias tivessem surgido sob inspiração do direito natural racionalista do século XVIII, dando ênfase aos direitos subjetivos naturais, o fato é que elas constituíram uma antecipação do positivismo jurídico, preparando-o. Para o positivismo jurídico, o direito é emanação da vontade e não decorrência de uma ordem objetiva que transcende a vontade e a ela se impõe. Sua última *ratio* acaba sendo a vontade estatal. A soberania do Estado afirma-se como valor onímodo, a autonomia dos particulares — outrora sagrada! — vai sofrendo restrições progressivas e o direito público, reduzido a direito do Estado, tende a absorver o direito privado. Assim as matérias de direito civil passam a ser, contra a advertência de Montesquieu, reguladas "pelos princípios do direito político".

2) Se o direito natural, enquanto critério superior de justiça, informa os preceitos do direito civil, é a conformidade ao direito histórico que lhes assegura perfeita adequação às condições reais de uma sociedade.

A historicidade do direito não deve ser confundida com o historicismo. Este é uma interpretação filosófica, tal como se encontra no pensamento da escola histórica alemã, cujo grande expoente foi Savigny, ou na obra de Adam Müller e outros que seguiram uma direção paralela.[12] Independentemente das premissas de que partiram esses autores para explicar a gênese e o desenvolvimento das instituições jurídicas, cabe tomar como ponto de partida incontestável o fato da origem consuetudinária do direito, de sua formação gradual numa linha de continuidade

12. Ver, a respeito, Alexandre Correia, *A concepção histórica do direito e do Estado*, S. Paulo, 1970.

histórica, de uma lenta passagem do direito familiar ou "econômico", segundo a linguagem de Aristóteles (de *oikos,* casa), ao direito estatal, denominado "político" pelo Estagirita (de *polis,* cidade, Estado).

Mas o abstracionismo dominante no pensamento de filósofos e juristas influenciados pelos padrões mentais dos iluministas do século XVIII e dos idealistas do século XIX — este, de origem remota em Descartes e próxima em Kant — veio contribuir poderosamente para uma ruptura com o direito histórico na busca de sistematizações abstratas e de modelos ideais para os códigos e as constituições. [13]

É certo que o direito privado sofreu menos que o direito público essa influência devastadora. O que não é para admirar, pois este último sói ser sempre mais atingido pelas revoluções políticas. Basta comparar, no Brasil, as transformações do direito constitucional, sob este aspecto muito bem estudadas por Oliveira Vianna [14] — a nos fazerem adotar fórmulas aviadas segundo a farmacopéia francesa ou anglo-saxônia — com as do direito civil, seguindo estas uma linha de continuidade histórica ininterrupta desde as Ordenações até o Código. Mesmo assim, principalmente em certos países, o desvio do direito histórico assinalou a obra codificadora, na qual eram acolhidas as teses revolucionárias do voluntarismo individualista, a partir aliás do Código Napoleão.

Assim se explica que a elaboração legislativa deixasse de ser um *legere,* isto é, o reconhecimento de uma ordem natural e histórica, para se converter no

13. Em trabalhos publicados anteriormente a este artigo, o autor tem focalizado o assunto. Ver principalmente os seguintes volumes: *A historicidade do direito e a elaboração legislativa* (1970), *Raízes históricas da crise política brasileira* (1965) e *Introdução à história do direito político brasileiro* (2.ª ed., 1962).

14. Por várias vezes Oliveira Vianna versou o tema, desde o pequeno estudo *O idealismo na evolução política do Império e da República* (1922), roteiro de posteriores trabalhos, até os dois volumes de *Instituições políticas brasileiras.*

produto de um *velle*, uma criação mais ou menos arbitrária do legislador.

## 3. Do realismo ao voluntarismo jurídico e à tecnocracia

Com muita acuidade, Juan Vallet de Goytisolo analisa a transição do legislar do *legere* ao *facere*, passando pelo *velle*.[15]

Apoiando-se em Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Domingo de Soto e autores contemporâneos, entre os quais Michel Villey e Emil Brunner, todos eles contribuindo para elucidar o assunto, aquele eminente civilista reporta-se ao direito romano e ao medieval, produtos de épocas marcadas por um profundo realismo nas concepções jurídicas. Em seguida confronta-os com o direito de nossos tempos, sofrendo este a influência do subjetivismo que se tornou uma nota característica do pensamento especificamente moderno.

Para o *realismo*, dominante na filosofia grega e na escolástica, a verdade é a correspondência de nossos conceitos à realidade por nós conhecida: *adaequatio rei et intellectus*, segundo a célebre definição formulada por Isaac Israeli no século IX. O objeto natural da inteligência é o ser inteligível das coisas apreendidas primeiramente pelos sentidos. A inteligência identifica-se intencionalmente com a coisa,

15. Ver capítulo anterior, págs. 94 e 95, particulamente nota 18. Além de ter enfocado o assunto em *Algunas consideraciones en torno a las fuentes del derecho*, Juan Vallet de Goytisolo versou-o mais amplamente na conferência *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, publicada pela revista *Verbo*, de Madrid (série XII, 115-116, 1973). Autor de alentados trabalhos sobre direitos reais e de um *Panorama del derecho civil*, tem-se dedicado também a questões sociológicas e de filosofia do direito. Cumpre mencionar, entre seus livros, *Sociedad de masas y derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1969, e *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, 3.ª ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1975 (traduzido entre nós com o título *O perigo da desumanização pelo predomínio da tecnocracia*, Clube do Livro Cívico, Ed. Mundo Cultural, 1977), ambos dizendo respeito ao tema destas páginas.

que é objeto desse conhecimento, e o conceito é a expressão da identidade entre o sujeito e o objeto. A filosofia moderna, porém, rompeu as amarras da inteligência com o ser e, a partir de Descartes, orientou-se no sentido de um *idealismo,* segundo o qual nós conhecemos não a realidade expressa intelectualmente pelos conceitos, mas tão-somente as nossas próprias idéias, puros produtos da mente.

Esse idealismo pós-cartesiano, preparado pelo nominalismo e o voluntarismo da escolástica decadente, refletiu-se, como não podia deixar de ser, na filosofia política e na ciência do direito.

Entre os romanos, a *iurisprudentia* baseava-se na convicção íntima de que o direito supunha um ordenamento das relações humanas independente do arbítrio do legislador.[16] O pretor, orientando o processo, e os jurisconsultos, em suas respostas, guiavam-se também por uma inspiração realista, partindo de situações antes ocorridas ou da sua própria experiência para solucionar o caso a ser decidido.

*Ex facto oritur ius.* Entenda-se bem este brocardo. O direito nasce de fatos que interferem nas relações entre os homens ou procedem de ações humanas. Sem dúvida, em tais fatos podem estar encarnadas idéias a moverem o homem, impelindo-o à ação, mas o direito, oriundo assim dos fatos, é algo de concreto, e não um produto cerebrino ou uma idéia *a priori.* É o devido a alguém, é objeto da justiça. É, pois, algo de objetivo. E no seu aspecto normativo é a regulação de relações intersubjetivas suscitadas por esse objeto.

Por isso mesmo o direito começa por ser o reconhecimento de uma realidade preexistente à prescrição do legislador ou ao veredicto do juiz. Resulta, nestes, de uma "adequação" do intelecto à coisa e não de uma criação da coisa pelo intelecto. Não depende, pois, da vontade do legislador atuando discricionariamente, pois o legislador deve saber discernir

16. A. García Valdecasas, *El problema de las fuentes del derecho,* Bilbao, 1955, pág. 20.

o que é justo e conveniente, tomar conhecimento da ordem natural e também de uma determinada ordem histórica. Tudo isto é *legere,* donde a *lex.*

Daí o dizer Cícero que a lei sanciona o que deriva da natureza e é provado pelo costume.[17] E o ensinamento de Santo Isidoro de Sevilha, apontando, no cap. XXI do Livro V das *Etimologias,* as qualidades da lei positiva, que deve ser "honesta, justa, possível, segundo a natureza, segundo os costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo, clara e escrita para a utilidade comum".

A fundamentação do direito positivo na lei natural e na lei eterna, proclamada em várias passagens de Cícero, foi exuberantemente reiterada à luz da filosofia cristã. Com clareza e penetração inexcedíveis, Santo Tomás de Aquino mostra, num artigo da *Summa,* capital a esse respeito, que as leis humanas são como que conclusões da lei natural ou determinações concretas por esta exigidas.[18] Por isso mesmo a lei é uma ordenação racional — *rationis ordinatio*[19] — produto da inteligência que *lê* o justo na ordem natural, e não da vontade, estabelecendo a seu bel-prazer as normas do ordenamento jurídico positivo. É o resultado de um *legere* e não de um *velle.*

Mas o voluntarismo dos últimos tempos da Idade Média veio subverter essa linha de pensamento. Afastando-se do realismo moderado da escolástica tradicional, firmado por Santo Tomás, Guilherme de Ocam abriu a "via moderna" da filosofia. Ao seu lado na corte de Luís da Baviera, Marsílio de Pádua, escrevendo o *Defensor Pacis,* antecipava-se à concepção do Estado totalitário.[20] O voluntarismo, pelas suas repercussões no pensamento jurídico e político, preparou os modernos absolutismos, fazendo da vontade do rei ou do povo a fonte última do direito. E na orientação nominalista de Ocam encontra-se uma remota

17. *De invent.* livro II, 160.

18. Ver, no tratado das leis da *Summa Theologica,* I.ª II.ae, q. 95, art. 2.

19. *S. Th.* I.ª II.ae, q. 90, art. 1.

modalidade do positivismo jurídico, como bem o mostrou Michel Villey, acrescentando: "o positivismo jurídico exacerbou-se, e despojou-se daquele parapeito salutar que constituía, em Guilherme de Ocam, a autoridade preponderante das leis positivas *divinas.* A lei humana da consciência, colocada em seu lugar por Hobbes ou Locke sob o nome de lei natural (moral), é demasiado frouxa e inconsistente, demasiado vazia de conteúdo jurídico, para constituir uma barreira igualmente eficaz. O positivismo jurídico quis fundar todo o direito apenas sobre a vontade *dos homens.* Sabemos aonde, pelo menos logicamente, esta via conduz: às ficções do contrato social, à idolatria coletiva da opinião contemporânea por uma "democracia" mítica, finalmente à ditadura da força e do arbitrário; ao estatismo, ao império absoluto, sobre o direito, do poder constituído".[21]

Eis as conseqüências da redução do direito ao *velle,* isto é, à vontade do legislador. Daí resultam também as constituições idealizadas segundo os modelos que ao legislador agradem, ou que as minorias intelectuais e dirigentes aceitem e propaguem na direção do "vento da história". Quando se pensa no fenômeno grotesco da introdução da democracia parlamentar, segundo os modelos anglo-saxônios, entre alguns novos Estados da África, onde sociedades tribais adotam as formas dos Estados nacionais do Ocidente, pode-se ter uma idéia do extremo a que chega tal idealismo subjetivista. Desenraizando inteiramente o direito da história, além de lhe negar o fundamento transcendente numa ordem natural superior à vontade dos chefes de Estado pretensamente carismáticos, ou das assembléias legislativas que se presumem dotadas de um poder criador, essa concepção voluntarista incide naquele abstracionismo contra o qual reagiu em seu tempo a escola histórica alemã, vendo-o estender-se

20. O autor estendeu-se longamente sobre o assunto em *As origens do totalitarismo na moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o "Defensor Pacis" de Marsílio de Pádua,* S. Paulo, 1972.

21. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne,* Les Éditions Montchrestien, Paris, 1968, pág. 269.

ao campo do direito civil, até então mais preservado. Quando Savigny se opôs a Thibaut, na famosa polêmica em torno do Código Civil, foi por ter considerado que a unificação legislativa podia perturbar, com graves danos, a vida do direito na linha de sua formação natural e histórica.

O historicismo transpunha a criação do direito do plano do *velle* para o do *agere*, dando ênfase à vivência histórica e substituindo a *ratio* do legislador pelo *Volksgeist* encarnado nos costumes e de que o legislador devia ser um arauto. Tais idéias ressoam e se amplificam na visão dinâmica e dialética de Hegel — para quem "todo o real é racional" e "todo o racional é real" — visão à luz da qual Giovanni Gentile, o filósofo do fascismo, elabora seu sistema. Um momento de intensidade dramática do que podemos chamar o legislar como *velle-agere* é assinalado pelo nacional-socialismo, erigindo o "princípio do chefe" (*Führerprinzip*) sobre a base do "espírito do povo" (*Volksgeist*).

Mas, quer no plano da elaboração doutrinária, quer no da elaboração legislativa, em função das situações políticas dominantes, a fase do *agere* foi logo transposta, sendo sucedida pela do *facere*.

Esta já decorre das premissas hegelianas. Pois se o Estado, para Hegel, é a própria razão objetivada, é a realidade suprema e efetiva da idéia ética, na identificação do real com o racional, cabe-lhe racionalizar o real, assim devendo compreender-se sua atividade construtora e planificadora.

Por sua vez, Marx, embora prevendo o desaparecimento do Estado, afirmara que "não se trata de conhecer o mundo, mas de transformá-lo" (o *legere* suplantado pelo *agere* e pelo *facere*).

Ao que pondera Vallet de Goytisolo que essa transformação do legislar num *facere*, monopolizado pelo Estado (cujas dimensões gigantescas na Rússia soviética, de procedência marxista, desmentem a previsão de Marx), essa transformação conducente ao domínio do poder tecnocrático, não caracteriza apenas

os regimes totalitários, mas também as democracias de origem liberal, onde hoje o capitalismo do Estado tende a assenhorear-se de toda a economia: "crédito, comércio exterior, seguros sociais, preços, salários etc., incrementando para isto a pressão fiscal a níveis antes inconcebíveis, com tudo o que dispõe de meios duma eficácia decisiva para transformar a sociedade em massa de indivíduos com um elevado nível de consumo, concentrada em grandes cidades, nas quais vão desaparecendo as pequenas e médias empresas, enquanto os profissionais livres e os artesãos vão passando a engrossar as camadas salariais." [22]

No século passado e primórdios deste tivemos as "construções racionais" dos idealizadores de constituições e outras leis segundo modelos com pretensão de universalidade. Presentemente, são as "construções racionais" dos planejamentos a cargo de uns poucos homens que substituem os demais no esforço de pensar e decidem o que convém a todos: "o que o lavrador deve semear, o que o produtor deve produzir, o que o consumidor deve consumir, o que o professor deve ensinar, como e o que os pais devem fazer seus filhos estudar..." [23]

Não se trata, com estas observações críticas, de condenar a idéia de planejamento em si mesma. É óbvio que, nas condições atuais da vida dos povos, os planos econômicos e administrativos são necessários. [24] O mal está em servirem eles de instrumento para um estatismo invasor das legítimas autonomias sociais, chegando até à racionalização e padronização da existência humana pelo poder político monopoli-

22. *Algunas consideraciones en torno a las fuentes del derecho*, pág. 25.

23. *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, in *Verbo*, n. citado, pág. 547.

24. Há um *facere* que pode caber legitimamente ao poder político, desde que respeitada a ordem natural conhecida pelo *legere*. Assim também há no direito uma parte de *velle*, devendo a vontade do legislador ser retificada pela razão, e de *agere* (o costume, a tradição, o direito histórico), estando o erro em negar o que há de fundamental no direito, atingido pelo intelecto na sua "adequação" à realidade (novamente o *legere*), do que depende tudo

zador. Eis o que há de mais grave no Estado tecnocrático, daí resultando a supressão legal da competência das famílias, dos corpos sociais intermediários e mesmo dos indivíduos nas esferas que lhes são próprias e em relação às quais o Estado deve atuar subsidiariamente.

Outorgando primazia ao desenvolvimento econômico, ao incremento da produtividade, e à elevação do nível de vida, a tecnocracia baseia-se num poder executivo forte e num aparelhamento burocrático dotado de iniciativa em vários setores sociais. A cúpula da tecnoburocracia domina os projetos de planejamento e legislação, contando também com a ação psicológica exercida através dos meios de comunicação de massa. [25]

O direito passa a ser manejado pelo poder confiado aos técnicos, o que não é difícil, pois há bacharéis que, retomando a tradição dos "legistas" defensores do absolutismo monárquico, se fazem tecnocratas do direito, a serviço do absolutismo estatal e monocrático.

Tudo isso contribui para que a esfera do direito privado se vá contraindo cada vez mais, ao mesmo tempo em que se vai dilatando a do direito público. Perde-se a consciência da missão protetora deste em relação àquele, enunciada pelo velho princípio: *ius privatum sub tutela iuris publici latet.* Esta tutela passa a significar um poder de dominação, um primado absoluto que se procura justificar pelo interesse social, deste sendo juiz exclusivo o governo e promotora a administração estatal, com as inúmeras funções atribuídas à sua organização burocrática. Quanto às autoridades sociais representativas dos corpos intermediários, são inteiramente preteridas.

mais. Note-se ainda que, sendo o direito, enquanto lei, uma "ordenação racional", isto não significa que seja produto de um racionalismo abstracionista, do qual tantas vezes vêm as utopias e os planos mirabolantes. A razão voltada para o real, sim; e não construindo num mundo de idéias puras. Realismo e não idealismo.

25. Cf. J. Vallet de Goytisolo, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia* e Jacques Billy, *Les téchniciens et el pouvoir*, Paris, P.U.F., 1963.

Perde-se também a consciência de que o direito público não é apenas o direito do Estado, e de que seus princípios e dispositivos devem refletir a constituição da sociedade civil ou política, formada por aqueles corpos autônomos dotados de capacidade disciplinar e normativa. E a pluralidade dos ordenamentos jurídicos, daí resultante, cede lugar ao monismo estatal.

Redução do direito público ao direito do Estado e absorção do direito civil pelo direito público são dois aspectos jurídicos bem característicos do estatismo contemporâneo.

A defesa da família — unidade social básica, centro das mais importantes relações de direito privado — e a valorização do direito civil só podem ser devidamente levadas a efeito mediante uma exata compreensão do direito natural, à luz de uma visão realista da sociedade e do direito. Condição esta, indispensável também para, na presente conjuntura histórica, utilizar a técnica sem cair na tecnocracia.

Se o direito civil precede no tempo aos demais ramos do direito, sobre os quais exerce uma primazia ontológica, é precisamente porque suas origens estão na mais natural de todas as comunidades, a família, cujos direitos, consoante ressalta Emil Brunner, "têm uma prioridade incalculável sobre os direitos de todas as outras comunidades naturais, inclusive sobre os do Estado".

Dada a significação mais profunda do direito civil, e no direito civil a dignidade do direito de família, não nos resta senão finalizar com estas palavras do mesmo autor: [26] "De acordo com a ordem da Criação, a família tem o direito mais originário ou primário. Nenhum Estado pode *determinar* por si mesmo a lei do matrimônio e da família. Por isso, o Estado só é justo quando *concede validez* em sua própria ordem jurídica ao direito matrimonial e fami-

26. Emil Brunner, *La justicia, Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. de Luis Recaséns Siches, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

liar, que existe com independência dele. Por certo, como o vemos no Estado totalitário, o Estado tem o poder de violentar, de desprezar essa ordem originária, de a abolir ou derrogar em sua própria ordem jurídica positiva; mas com isso não faz mais do que demonstrar sua injustiça. O Estado só é justo quando reconhece que o direito do casamento e da família precede a todo direito estatal e não foi criado pelo Estado, senão apenas reconhecido por este e revestido com as formas jurídicas positivas".

CAPÍTULO VIII

# O ESTADO DE DIREITO E O DIREITO NATURAL *

## 1. Sem o direito natural não há verdadeiro Estado de direito

O Estado de direito tornou-se a grande aspiração daqueles que querem ver respeitados os direitos humanos. Pois ele essencialmente significa a submissão do Estado à ordem jurídica, de maneira a salvaguardar as liberdades, evitando as arbitrariedades do poder.

Daí o princípio de legalidade, pelo qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Além disto, o poder deve ter o seu exercício limitado por uma superlegalidade à qual se subordinam as leis dele emanadas. Finalmente, a lei, elaborada em termos que assegurem a certeza do direito e não tendo efeito retroativo, há de ser aplicada, sem acepção de pessoas, por juízes e tribunais independentes.

Uma idéia capital tem sido apontada na concepção dominante do Estado de direito, a saber: o reconhecimento da personalidade humana com uma esfera de liberdade intangível para os órgãos estatais. [1]

* Este capítulo é um desenvolvimento do discurso de abertura das Jornadas Brasileiras de Direito Natural (São Paulo, 23 a 30 de setembro de 1977, tema: o Estado de direito).

1. Cf. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlim; Arturo Enrique Sampay, *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*, Editorial Losada, Buenos Aires e Juan Francisco Linares, *El derecho natural y su invocación en la jurispruden-*

Por isso mesmo, o Estado de direito supõe necessariamente o direito natural. A subordinação do Estado à ordem jurídica — isto é, do governo, de seus agentes imediatos, da administração pública, do corpo legislativo, da magistratura, da milícia — essa subordinação só será verdadeiramente eficaz mediante uma condição indispensável: que se reconheça um critério objetivo de justiça, transcendente em relação ao direito positivo e do qual este depende.

Tal critério, por sua vez, decorre da existência do *justo* por natureza, que deve informar as normas estatuídas pelo legislador. Sem o que, o direito se reduziria a mera expressão da vontade de quem faz a lei, isto é, da força social dominante. Teríamos então o *ius quia iussum est* em lugar do *ius quia iustum est*.

Esse *justo objetivo* deve também inspirar todas as sentenças proferidas pelos magistrados na aplicação da lei. Do contrário, a lei, desvinculada da justiça natural e não moderada pela eqüidade, poderia, em certos casos, redundar em opressão draconiana, conduzindo ao *summum ius, summa iniuria.*

Por outro lado, se há uma intangível esfera de liberdade da pessoa humana em face do Estado, é porque, segundo a ordem natural, o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. Importa ainda notar que ao Estado cumpre respeitar e tutelar não só os direitos dos indivíduos, mas também os das famílias e dos demais corpos sociais constitutivos da sociedade política e cuja autonomia deve ser assegurada.

Ou se admite, pois, o direito natural, expressão jurídica dessa ordem da qual dimana o critério de justiça para os governantes, os legisladores e os juízes, ou estes todos ficam na estrita e exclusiva dependência da ordem normativa estabelecida, que cons-

*cia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* artigo publicado em *La Ley* (Buenos Aires, 15.12.1942). Este autor, para caracterizar o Estado de direito, apóia-se no citado livro de Sampay e em obras de Francisco Ayala, Carl Schmitt, Hermann Heller e L. T. Houbhouse.

titui o direito positivo de um povo, disto resultando erigir-se o Estado em fonte única do direito.

A tais conseqüências leva-nos logicamente o positivismo jurídico, por negar o direito natural.

A que se reduz então o Estado de direito? Como será possível concebê-lo?

Teremos, sim, um Estado de direito, mas sendo o direito, na versão positivista, simplesmente o conjunto das normas emanadas do poder público, daí se segue que o Estado cria o seu próprio direito e impõe à sociedade a ordem jurídica em que esta deve enquadrar-se. Ordem tida sempre por legítima e válida, em quaisquer condições, uma vez observadas as formalidades estabelecidas pela mesma autoridade estatal. Logo, todo Estado será Estado de direito.

Que tais conseqüências são inevitáveis, nas perspectivas do positivismo jurídico, confessou-o um dos mais prestigiosos filósofos do direito de nosso século, positivista a princípio, mas que, retratando-se lealmente, acabou por proclamar a necessidade do direito natural para dar ao direito um fundamento objetivo e para justificar o Estado de direito.

Trata-se de Gustav Radbruch, o celebrado professor da Universidade de Heidelberg.

Que sentido tem a sujeição do Estado ao direito por ele próprio formulado? Como entender os direitos do indivíduo contra o Estado? Por outras palavras, como é possível o Estado de direito?

Diante destas questões, pondera Radbruch que o problema, de longa data, costuma exprimir-se na conhecida pergunta: "é o direito anterior ao Estado, ou o Estado anterior ao direito?" [2]

Coloca-se ele em face de duas concepções que granjearam, entre os juristas de sua pátria, um grande número de adeptos: a de Jellinek, o conspícuo teórico do Estado que foi professor na mesma Universidade de Heidelberg, ensinando a autolimitação do Estado pelo

2. Gustav Radbruch, obra e volume citados (nota 10 do capítulo anterior), pág. 126.

direito; e a de Hans Kelsen, chefe da escola vienense, com a "teoria pura do direito", estabelecendo uma identificação entre a ordem jurídica e a ordem estatal.

O intento de Kelsen é quebrar a antinomia entre direito e Estado, libertar-nos daquela alternativa referente à anterioridade de um dos dois termos, e assim encontrar uma saída à qual ele efetivamente nos conduz, mediante rigorosa sistematização lógica, mas no plano de um abstracionismo inteiramente apartado das realidades.

É óbvio que, uma vez aceita, segundo a teoria de Kelsen, a identidade do direito e do Estado, todo e qualquer Estado é um Estado de direito, seja qual for a ordem jurídica estabelecida. Haverá um Estado de direito liberal, um Estado de direito social-democrático, um Estado de direito nazista e um Estado de direito comunista. A expressão "Estado de direito" converte-se numa tautologia.

O problema da limitação do Estado pelo direito é, por tal forma, eliminado. Poder-se-á, quando muito, responsabilizar os agentes do Estado por procedimentos que representem um desvio em relação às normas "jurídicas" ou "estatais" — termos tornados sinônimos — estabelecidas para integrar a sistemática do direito positivo. Aí figura a Constituição, a fixar as diretrizes a serem seguidas por todas as leis. Estas leis devem conformar-se à norma fundamental (*Grundnorm*), que é, na ordem jurídica, o ápice de uma pirâmide. Trata-se de uma construção meramente formal, adequada a qualquer conteúdo normativo.

Quanto à solução proposta por Jellinek, para subordinar o poder à ordem jurídica, dentro das categorias do positivismo, ela induz as mesmas conseqüências. Com efeito, se o Estado se limita pelo direito que ele próprio criou e pode, a qualquer momento, alterar por uma decisão do poder constituinte, ou mesmo do poder constituído, neste caso o direito é que depende do Estado e não o Estado do direito.

Donde a conclusão de Radbruch: "somos sempre necessariamente compelidos, se quisermos achar uma

solução para o problema de anterioridade ou posterioridade do direito com relação ao Estado, a colocarmo-nos mais para além dum e doutro; isto é: mais para além do *direito positivo* e mais para além da *realidade* do Estado". Ou seja: "seremos levados a buscar essa solução num outro plano", constituído este "por *normas* que não poderão ser as normas do direito positivo do Estado e só poderão ser as dum direito natural". [3]

## 2. Direito natural e positivismo jurídico no constitucionalismo anglo-saxônio: a) Inglaterra

Por uma longa tradição, que remonta aos tempos da Magna Carta, o constitucionalismo britânico adqui-

3. A nova posição de Radbruch foi muito bem estudada por Francisco Elías de Tejada no discurso de abertura das Jornadas Hispânicas de Direito Natural de Madrid, em 1972: *La cuestión de la vigencia del derecho natural.* E por Augusto Freiherr von der Heydte, em conferência pronunciada nas mesmas Jornadas: *Tendencias iusnaturalistas en el derecho alemán actual.* Ambas inseridas nas *Actas* (*El derecho natural hispánico,* respectivamente págs. 17 a 42 e 187 a 207). Radbruch apegou-se à doutrina da *Natur der Sache* (natureza da coisa), com que se encobre o conceito clássico de direito natural. Mas nos seus *Fünf Minuten Rechtsphilosophie,* publicado pela primeira vez no *Rhein Neckar Zeitung* (12.9.1945), em forma de circular dirigida aos estudantes de Heidelberg após a guerra, e cuja versão consta de um dos apêndices da tradução de sua *Filosofia do direito* por Cabral de Moncada, aí identifica claramente direito e justiça para, noutro estudo, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* — "ponto culminante de sua defesa do direito natural contra o positivismo jurídico," no dizer de Tejada (*Actas,* pág. 27) — contrapor a injustiça da lei a um direito suprapositivo. Há leis que não são direito e há um direito acima das leis, afirma Radbruch. E conclui: "quando nem sequer se aspira a realizar a justiça, quando na formulação do direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos ante uma lei que estabelece um "direito defeituoso", mas o que ocorre é que estamos ante um caso de ausência de direito" (apud José F. Lorca-Navarrete, *Derecho y fuerza,* comunicação às Jornadas madrilenhas, *Actas,* págs. 401-402). Expressões que lembram

riu grande prestígio ante os juristas do mundo todo. Dada a continuidade histórica mantida durante séculos e que, não obstante sensíveis transformações, chegou até aos nossos dias, o regime constitucional da Inglaterra tornou-se um paradigma de Estado de direito. A esse modelo apela-se freqüentemente, procurando-se aí encontrar idéias fundamentais, cuja aplicação permita limitar o poder político e proporcionar efetiva garantia aos direitos dos cidadãos.

É certo que o sistema britânico foi precedido por outras experiências de monarquia limitada, notadamente nos reinos da península ibérica, onde também surgiu, pela primeira vez, a representação política plenamente estruturada com a participação do elemento popular, antes que os representantes dos comuns tivessem assento no Parlamento inglês. [4]

Mas o fato de resistir a Inglaterra ao impacto do absolutismo, conseguindo absorvê-lo nas suas próprias instituições — ao revés do ocorrido na Europa continental — e encaminhando-se para a monarquia constitucional e parlamentar até hoje subsistente, deu ao sistema político da Grã-Bretanha uma solidez contrastante com a instabilidade dos regimes adotados pelos povos europeus.

Daí a aura que o cerca e o acatamento votado por constitucionalistas de outros países ao princípio de *rule of law*, entranhado no âmago das instituições britânicas. [5]

Acresce que essa tradição do direito constitucional foi transferida para a América, nas colônias inglesas

as de Santo Tomás de Aquino com referência às leis injustas: *magis sunt violentiae quam leges* (I.ª II.æ, q. 96, art. 4, encontrando-se a mesma idéia noutras passagens).

4. Cf. *Da representação política*, Saraiva, S. Paulo, 1971, do autor deste trabalho.

5. Um exemplo bem sugestivo, ocorrido entre nós, é o de Joaquim Nabuco. Na sua mocidade deixou-se levar por inclinações republicanas, até que a leitura do famoso livro de Bagehot *English Constitution* lhe firmou as convicções monárquicas, nele despertando um grande entusiasmo pelo regime da Inglaterra, conservado no resto de sua vida. Confessa-o Nabuco no segundo capítulo de *Minha Formação*.

fundadas ao norte do novo continente. Depois da independência americana e da formação dos EUA, aí surgiu a primeira Constituição escrita dos tempos modernos. Em seu texto, refletindo-se a experiência dos *Founding Fathers* e o sentido prático dos legislado-deres, estruturava-se uma república em moldes federativos, a contrastar com a monarquia unitária britânica. Mas nem por isso se perdiam os princípios jurídicos firmados em séculos de história na Mãe-Pátria, sendo de notar também a influência da filosofia individualista do inglês Locke, no clima do iluminismo do século XVIII, aliás hostil àquela tradição.

A Constituição americana, não obstante esses antagonismos ideológicos, era inspirada por *the rule of law* e introduzia um princípio de magno alcance destinado a aprimorar a prática do Estado de direito: o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

A história do regime constitucional nesses dois países ilustra, de maneira bem eloqüente, a tese sustentada nas primeiras linhas deste capítulo: sem o direito natural, torna-se vão o Estado de direito. De mais a mais é de interesse para nós considerar o exemplo da Inglaterra, que tanta influência exerceu sobre homens notáveis do nosso Império, e o dos EUA, cujas instituições serviram de modelo para a República desde sua primeira Constituição, a de 1891, modelo aliás difundido por outros países vizinhos e irmãos do continente.

Criação original do povo inglês, numa época em que o direito estava profundamente radicado na vivência histórica e não sofria o influxo de abstracionismos ideológicos, tal foi o *common law*, até hoje assinalando de forma bem característica o sistema jurídico anglo-saxônio, distinto do sistema continental, oriundo do direito romano codificado.

O *common law*, expressão correspondente ao *ius commune* dos canonistas, [6] desenvolveu-se numa linha

6. Os canonistas distinguiam o direito geral e ordinário da Igreja universal das regras peculiares a cada Igreja provincial e também dos privilégios papais. Assim, as igrejas vacantes da dio-

de respeito ao direito natural, que nela desabrochou em frutos sazonados, para nos servirmos de expressão sugerida pelo que da obra de Bracton disseram os historiadores Pollock e Maitland, considerando-a a "coroa e flor da jurisprudência inglesa medieval".[7] Imbuído dos ensinamentos de direito romano e de direito canônico — principalmente através de Azo de Bolonha, do *Decretum* de Graciano e das Decretais — Bracton, autor do *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, em termos inequívocos enunciava, no século XIII, o princípio denominado *rule of law*: "o rei não deve estar subordinado aos homens, mas a Deus e ao direito, porque o direito faz o rei. Cabe ao rei devolver ao direito o que o direito lhe deu, a saber, domínio e poder; pois não há rei onde a vontade, e não o direito, exerce domínio".[8]

Dois séculos mais tarde, John Fortescue aplicava ao *common law* conceitos hauridos nas lições de Santo Tomás de Aquino, opunha-se ao preceito romano *quod principi placuit legis habet vigorem* e dizia que o rei da Inglaterra não pode, a seu bel-prazer, modificar as leis do País, porquanto ele exerce um domínio político e não um *dominium tantum regale*, sendo este o de Luís XI em França.[9]

Note-se que, enquanto juristas como Bracton e Fortescue se mostravam em plena consonância com Santo Tomás, ao considerarem o direito um produto da razão, e não da vontade, os legistas começavam a ensinar aquela máxima do direito romano, fazendo da vontade do príncipe a fonte do direito. Eram os

cese de Canterbury, por uma determinação de Inocêncio III, deviam ser confiadas ao arquidiácono, *tam de communi iure quam de consuetudine generali Anglicanae ecclesiae* (F. Pollock, F. W. Maitland, *The History of English Law*, Cambridge, University Press, vol. I, pág. 176). Na ordem temporal havia as regras válidas para todo o reino e as normas consuetudinárias com âmbito mais ou menos restrito. O poder do rei podia ser o poder ordinário ou a prerrogativa, semelhante ao que era o privilégio para o Papa.

7. Obra e volume citados, pág. 206.

8. *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, III, fol. 5 b.

9. J. Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae*, c. 9.

pródromos do absolutismo, do *dominium tantum regale,* que teria a seu favor, como elemento poderoso para lhe dar uma justificação doutrinária, mais ainda que o romanismo dos legistas, a concepção voluntarista trazida pelo nominalismo da escolástica decadente. Precisamente na Inglaterra, estava o máximo expoente dessa concepção, Guilherme de Ocam, ao lado de quem Marsílio de Pádua, na corte de Luís da Baviera, se anteciparia a teses democráticas de 1789 e ao Estado totalitário de nossos dias. [10]

O voluntarismo, conduzindo depois ao positivismo jurídico de Hobbes, faria com que o espírito do *commom law,* um fruto do direito natural, fosse suplantado por padrões de pensamento consciente ou inconscientemente positivistas, na época da monarquia absoluta, sobretudo com Jaime I, e depois de 1688 com a soberania total do Parlamento.

Em seu livro *The Spirit of Common Law,* Roscoe Pound assinalou que os dois traços mais salientes do *common law* são a doutrina dos precedentes e a doutrina da supremacia da lei ou do direito (*law*). Frisou ainda que nessas duas doutrinas há um elemento comum, isto é, a *razão,* assim se exprimindo: "Por detrás de ambas há um mesmo espírito. A doutrina dos precedentes significa que as causas devem ser julgadas por princípios extraídos indutivamente da experiência judicial do passado, não por dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pelo soberano. Em outras palavras, a razão, e não a vontade arbitrária, há de ser o último fundamento da decisão. A doutrina da supremacia do direito é redutível à mesma idéia. É uma doutrina segundo a qual o soberano e todos os seus representantes estão vinculados a agir conforme princípios, e não pela sua vontade arbitrária; são obrigados a seguir a razão, em vez de serem livres para seguir o capricho. Ambas representam a idéia germânica do direito: uma busca da justiça e da verdade estabelecidas pelo Criador. A doutrina do *com-*

10. Cf. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o* Defensor Pacis *de Marsílio de Pádua* (S. Paulo, 1972) do autor destas linhas.

*mon law* é uma doutrina da razão aplicada à experiência". [11]

O absolutismo implicou um repúdio às doutrinas dos jurisconsultos do *common law*. A concepção tomista de lei como *rationis ordinatio* era relegada por um voluntarismo que correspondia à concepção de Ocam, enaltecendo-se primeiro a vontade do rei e depois a vontade do povo, representada pelo Parlamento. Assim, embora a realeza absoluta não tivesse obtido na Inglaterra o mesmo êxito e a mesma duração que lograva noutros países, o fato é que toda uma concepção do Estado e do direito passava a prevalecer, com base na vontade do poder como princípio supremo. Expressão típica desse novo estado de espírito foi a teoria carismática de Jaime I. E quando a chamada "Revolução Gloriosa" de 1688 reconduziu o poder real à condição de poder limitado, colocou em seu lugar o Parlamento com uma supremacia tal que o libertava dessa mesma condição. [12]

É verdade que o primado do direito (*rule of law*) continuava a valer mesmo para o Parlamento, ainda com todos os poderes por este conquistados. Mas desde que a subordinação à lei ou ao direito não fosse feita segundo aquele espírito característico dos juristas do *common law* — e com o pleno reconhecimento de um direito supralegal, de uma ordem transcendente, ou seja, do direito natural — ela perdia toda a sua força e eficácia. Com a influência do positivismo e a adoção de seus critérios, ficava toda a ordem jurídica na dependência da vontade da maioria parlamentar. Reuniam-se assim positivismo e democracia, prevalecendo a vontade sobre a razão e deixando o direito de resultar de uma "busca da justiça e da verdade", segundo as palavras de Pound, para se reduzir a uma expressão da vontade do legis-

11. Apud John C. H. Wu, *Fountain of Justice. A Study in the Natural Law*, Sheed and Ward, New York, 1955, pág. 75.

12. Donde o dito sugerido por esse primado incondicional: o Parlamento inglês pode fazer tudo, menos transformar um homem em mulher e vice-versa. As pretensões à onipotência legislativa parecem ter crescido em nossos dias... pois não vemos os parlamentares britânicos reconhecerem legalmente o homossexualismo?

lador. Vontade esta, freqüentemente determinada por subjetivismos ideológicos e por interesses partidários, quando não pelos grupos de pressão, pelos poderes econômicos paralelos e, hoje, pelas multinacionais.

Assim, os dois grandes princípios colocados por Dicey, em sua obra clássica, como as vigas mestras do direito constitucional da Inglaterra — soberania do Parlamento e *rule of law* —, em certo sentido e conforme a maneira de entender referida soberania, entram em antagonismo, excluem-se um ao outro, tornam-se mesmo contraditórios.

Aliás, na prática política, especialmente destes últimos anos, a soberania do Parlamento vem-se esfumando ante a posição de primazia do Gabinete, apoiado, é certo, na maioria parlamentar, mas fortalecido com as delegações legislativas. O Gabinete chega mesmo a determinar as decisões do Parlamento, cuja função específica, isto é, a função legislativa, vai minguando consideravelmente (os parlamentares limitam-se, freqüentemente a aprovar ou rejeitar projetos de lei vindos do Governo ou preparados em entidades de classe, profissionais ou especializadas).

De qualquer forma, cumpre acompanhar a Dicey na caracterização de *the rule of law*, o que nos permitirá compreender como este princípio, expressão do Estado de direito também noutros países, postula o direito natural, sob pena de se anular a si própria e ser destituído de eficácia e conteúdo real nos moldes do positivismo.

*Rule of law* quer dizer o governo e o império do direito, significado este que Dicey desdobra em três sentidos, a saber:

1.º) absoluta supremacia ou predomínio do direito ordinário (*regular law*) frente à influência do poder despótico, excluindo a existência da arbitrariedade, da prerrogativa ou mesmo da ampla autoridade discricionária por parte do Governo;

2.º) igualdade diante da lei, isto é, igual sujeição de todos ao direito ordinário (*ordinary law of the land*), administrado por tribunais ordinários, excluindo a idéia de qualquer isenção dos funcionários do

dever de obediência ao direito que rege os demais cidadãos, ou da jurisdição dos tribunais ordinários; 3.º) uma fórmula usada para indicar que o direito da Constituição não representa a fonte mas conseqüência dos direitos dos indivíduos, tais como são (no sistema inglês) definidos e reconhecidos pelos tribunais. [13]

Em todos esses aspectos, estamos vendo como o direito natural é indispensável para completar e dar plena validez ao Estado de direito.

Com efeito, no primeiro sentido mencionado acima, o predomínio do direito ordinário só será plenamente uma defesa contra o poder arbitrário, se esse direito, por sua vez, tiver sido elaborado de acordo com a justiça natural (do contrário opõe-se um arbítrio a outro arbítrio).

Quanto à igualdade diante da lei, não tem nenhum valor no caso de uma lei iníqua. Importa, pois, tratar-se de lei justa, o que já supõe um critério objetivo e transcendente de direito, padrão pelo qual aferir a justiça ou injustiça das leis do País.

Finalmente, reconhecer que os direitos dos indivíduos são anteriores ao direito legal constituído — devendo este ser visto como conseqüência daqueles e não como fonte dos mesmos — já é afirmar a existência de um princípio superior à ordem jurídica positiva. Chega-se, assim, à idéia de uma ordem natural em que se fundamentam, independentemente das leis do Estado, os direitos naturais dos homens reunidos em sociedade.

Isso nos leva à distinção feita por Aristóteles entre o justo natural e o justo legal ou convencional. Este só é, em verdade, justo quando se conforma àquele, pelo menos no sentido de jamais o violar. Se o direito é apenas o legalmente determinado ou convencional-

13. Erro grosseiríssimo é o daqueles que, vendo na Constituição a fonte dos direitos, chegam a afirmar que a liberdade emana do Estado! Quanto à caracterização do Estado de direito por Dicey, ver a *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (principalmente o cap. IV: na 9.ª ed., de E. C. S. Wade, Londres, Macmillan, 1956, págs. 183 a 205).

mente estabelecido, então o legislador — ditador, monarca, presidente da república, povo em manifestação plebiscitária ou parlamento representando o povo — pode decidir exclusivamente pela sua vontade. Não está mais, pela razão, subordinado à verdade objetiva, isto é, ao ser, à realidade ontológica e existencial (donde decorre o justo por natureza), à ordem natural que deve reger as relações entre os homens na sociedade. O justo é um caso particular do bem, e o bem — objeto natural da vontade — é o próprio ser enquanto apetecível. O voluntarismo caminha paralelamente com o idealismo, que separa a inteligência do seu objeto, o ser, e suprime a identidade intencional entre o sujeito conhecedor e a coisa conhecida.

Assim, o Estado de direito perde sua fundamentação real. *The rule of law* — o grande princípio da tradição constitucional anglo-saxônia — esvazia-se, e a ordem jurídica positiva torna-se expressão, não mais do império do direito, e sim de uma vontade de potência, a do poder politicamente dominante.

## 3. Direito natural e positivismo jurídico no constitucionalismo anglo-saxônio: b) EUA

Ao se reunirem num Estado de base federativa, as colônias inglesas do norte do novo continente, já emancipadas, formaram os EUA, cuja estrutura política foi dada pela Constituição de 1787.

Os *Founding Fathers* e os redatores do *Federalist* propunham-se continuar e aprimorar o regime constitucional de que eram herdeiros, para viverem sempre numa sociedade sujeita a um governo de leis e não de homens.

Era a idéia de Estado de direito, dando-se ênfase aos direitos individuais a serem salvaguardados, que já haviam constado da Declaração da Independência, em cujo texto se proclamava o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade.

A Constituição destinava-se precipuamente a estruturar o poder do Estado, aplicando o princípio da separação de poderes, e a organizar o regime federativo, estabelecendo a repartição de competências entre a União e os Estados federados. Nas suas primeiras Emendas — ou acréscimos ao texto constitucional, completando-o — foram figurando direitos e liberdades não constantes de uma prévia declaração de garantias. De um modo especial tinha-se em vista a propriedade, direito natural básico segundo os ensinamentos de Locke e cujo reconhecimento era do maior interesse para uma sociedade nova, impulsionada pelo pioneirismo e desde logo votada às atividades mercantis e industriais.

Algumas inovações foram introduzidas pelo regime americano e pela sua prática no empenho de realizar um Estado de direito: o sistema de uma Constituição escrita, a separação de poderes e o controle jurisdicional da legislação e da administração. Tais inovações visavam a aprimorar o "governo de leis e não de homens", herdado pelos americanos (*rule of law.*)

O espírito do *common law,* a que se refere Roscoe Pound, tinha desaparecido. E a filosofia individualista da época, principalmente através de Locke, somando-se às concepções de Montesquieu e dos iluministas, tudo isto conduzia ao "Estado de direito liberal-burguês" segundo a expressão de Arturo Enrique Sampay.

O jusnaturalismo dominante na época enfatizava os direitos do homem, isto é, os direitos subjetivos naturais, na versão individualista. Provinha da escola racionalista do "direito da natureza e das gentes", formada depois de Grócio, e perdera o sentido objetivo do direito, que de Aristóteles e dos romanos passara aos teólogos e canonistas medievais.

Esse jusnaturalismo abstracionista foi mitigado pelo sentido pragmático e pelo empirismo da nova sociedade, refletido nos seus guias políticos e nos legisladores, voltados para objetivos práticos imediatos, sem perder de vista as condições históricas da comunidade nacional em formação.

Daí o bom funcionamento das instituições e a longa duração de uma Constituição, hoje prestes a comemorar o seu segundo centenário, quando tantas outras elaboradas segundo o seu modelo, ou segundo moldes franceses, tiveram brevíssima existência e logo entraram em conflito com a constituição histórica e social da respectiva sociedade.

O que caracterizou o Estado de direito no regime americano foi o sistema de freios e contrapesos no relacionamento dos poderes públicos, divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário, com a missão conferida a este último de velar pela observância da Constituição. Com isto, tratava-se de evitar o abuso do poder, por uma fiscalização mútua, assegurada a liberdade de cada um deles na respectiva esfera de ação. Punha-se em prática a recomendação de Montesquieu no livro XI, cap. IV, do *Esprit des lois*: *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir.*

O engenhoso expediente entusiasmou constitucionalistas de outros países, que a ele recorreram, sem o mesmo sentido prático dos homens da Convenção de Filadélfia, e sem levarem devidamente em conta as circunstâncias diferentes e as peculiaridades da formação histórica do povo para o qual legislavam, o mesmo acontecendo aliás com o transplante do federalismo e do presidencialismo americanos aqui e acolá.

O controle da constitucionalidade, dando primazia, no plano jurídico, ao Poder Judiciário, investido da alta atribuição de fiscalizar o Legislativo e o Executivo no fiel cumprimento da Constituição, foi sem dúvida um feliz achado para ensejar condições propícias ao Estado de direito. Pensava-se em assegurar, dessa forma, por um lado, o primado do direito e conseqüente garantia das legítimas liberdades, e por outro o equilíbrio entre os poderes, tentado algures com mais a instituição do Poder Moderador.

As metamorfoses operadas no regime americano, sem alteração da ordem constitucional, demonstram sobejamente que, nos quadros estritos do direito posi-

tivo, o Estado de direito é condicionado pela vontade dos homens que manejam o poder e pelas forças sociais de mais preponderante influência.

O Presidente Wilson havia caracterizado aquele regime como sendo o *congressional government*, o que corresponde à primeira fase da experiência institucional americana. À medida que a supremacia do poder judiciário se ia fazendo sentir, no controle das leis e dos atos administrativos em face da lei magna, passou-se ao *gouvernement des juges* na expressão de Lambert. O princípio da separação de poderes sempre tem cedido às exigências iniludíveis da unidade do poder do Estado, assim se explicando, nos EUA, o predomínio do Legislativo a princípio, depois o do Judiciário e finalmente o do Executivo. Este começou a dar-se — crescendo e firmando-se cada vez mais — na época do Presidente Franklin D. Roosevelt. É sabido que, em obediência aos preceitos constitucionais, o órgão supremo do Poder Judiciário se opôs à política do *New Deal*, planejada pelo Presidente. Bastou, entretanto, o prolongamento dos mandatos presidenciais, pela reeleição de Roosevelt, para que esse obstáculo caísse por terra, mediante uma simples transformação operada na Suprema Corte, com a nomeação de juízes afetos ao Presidente. Daí por diante, a supremacia incontestável do Executivo veio dando o tom ao regime americano. O "governo do Congresso" e o "governo dos juízes" são recordações de outras épocas.

A modificação da jurisprudência da Suprema Corte, no caso em apreço e em face de outras situações apresentadas, é um fato altamente elucidativo. "Governo de leis e não de homens", está muito bem. Mas as leis são interpretadas pelos homens e da "jurisprudência dogmática" de outrora, literal e exegética, a Suprema Corte passou para a "jurisprudência construtiva", com matizes sociológicos, na base de maior liberdade para o intérprete ao adaptar a lei às variações da conjuntura. "Governo de leis e não de homens"... mas quem faz as leis? E quem as interpreta e aplica?

Eis por que um grande conhecedor da realidade norte-americana, e ilustre professor da Universidade de Dallas, escreve o seguinte: "Hoje em dia a Constituição quer dizer precisamente o que os homens que têm o poder querem que ela diga. Como o famoso juiz supremo Oliver Wendell Holmes disse já há anos "a lei é o que diz a maioria deste tribunal". E a maioria pode colocar-se ao lado do direito natural ou julgar contra ele". [14]

Procurou-se criar nos EUA um Estado de direito, desde os primeiros tempos. As instituições estabelecidas foram propícias a uma sociedade de pioneiros e de imigrantes em expansão, e ao surto e desenvolvimento do capitalismo. No decurso do século passado, quando dominavam o liberalismo econômico e o político, encontrou-se assim a armadura ideal com que enquadrar juridicamente e proteger a livre iniciativa e os interesses dos grupos econômicos.

Depois das presidências de Franklin Roosevelt, passou-se do Estado liberal de direito para o que alguns qualificam de Estado social de direito. Mas, dentro dos mesmos lineamentos de uma ordem constitucional quase bicentenária, estamos vendo agora o acréscimo dos poderes da administração, em marcha acelerada para um Estado de tipo tecnocrático. Além do primado do Poder Executivo, o fortalecimento da União em face dos Estados contribui para uma centralização dia a dia mais acentuada. Ao capitalismo privado vai-se sobrepondo o capitalismo de Estado, fenômeno aliás que ocorre em muitos outros povos.

À vista da soma de poderes concentrada nas mãos do Presidente dos EUA, observadores e comentaristas políticos registram a passagem, naquele País, da democracia liberal do século XIV para um regime monocrático, à semelhança do que se vem passando na França desde a última reforma constitucional e do governo

14. Frederick Daniel Wilhelmsen, *El derecho natural en el mundo anglo-sajón del siglo XX*, conferência proferida nas Primeiras Jornadas Hispânicas de Direito Natural e inserida nas Atas (*El derecho natural hispánico*, págs. 224-225).

de De Gaulle, classificado por alguns homens públicos e constitucionalistas de *monarchie républicaine* (mais exato seria dizer monocracia). Nesse sentido, não têm deixado de erguer-se vozes de zelosos defensores da pureza do regime, tal como foi concebido pelos Pais Fundadores e delineado com sobriedade e precisão pela Constituição de 1787.

Entretanto, mais do que o poder pessoal do Presidente — suscetível de ser destruído, como se verificou no caso Watergate — o que põe em risco o Estado de direito nos EUA é o crescimento da máquina estatal, o poderio dos grandes grupos econômicos nacionais ou multinacionais e a verdadeira ditadura exercida sobre a opinião pública pela televisão e outros meios de comunicação de massa (*mass media*), a aniquilarem a mais preciosa das liberdades: a liberdade interior dos homens. De que vale falar em liberdades e direitos humanos, se nos negam o direito de pensar por nós mesmos e nos manipulam a mente com processos subliminares?

São pertinentes, para a democracia americana, as críticas e advertências de Bertrand de Jouvenel, Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, Roland Maspétiol e outros, que têm apontado nas democracias do Ocidente germes de totalitarismo em progressiva expansão. [15]

Uma grande lição a tirar da história do regime constitucional nos EUA é a seguinte: por mais aperfeiçoadas que sejam as leis e as instituições da ordem jurídica positiva, elas não podem, por si só, garantir a realização de um Estado de direito. Na elaboração das leis, na sua aplicação pelos juízes e tribunais, no exercício das tarefas administrativas e nas funções

15. Fenômeno há mais de cem anos previsto, com antecipação genial, por Donoso Cortés e Alexis de Tocqueville. Quanto a Friedrich A. Hayek, depois de ter denunciado o totalitarismo incubado nas democracias, em *The Road to Serfdom* (University of Chicago Press, 1945), traduzido entre nós e editado pela Livraria do Globo de Porto Alegre (*O caminho da servidão*) fez a apologia dos princípios do regime americano em *The Constitution of Liberty* (Routledge & Kegan Paul, Londres, 1960).

governamentais superiores, de direção e coordenação, é preciso, para alcançar o sentido da justiça e submeter-se ao império do direito, ir *além do institucional.*

Assim foi com o *common law,* vivificado pelo direito natural, transmitido da Inglaterra à América e aí aplicado a novas condições sociais e novas instituições políticas. [16]

Era um legado do direito natural clássico.

Outras concepções, porém, importaram num desvio dessa orientação, que, não obstante, era mantida por juristas do porte de um Marshall, um Story, um Kent: a escola racionalista do *ius naturae et gentium;* a filosofia individualista dos direitos do homem, na época da independência americana e da Revolução Francesa; finalmente, o positivismo jurídico, já se manifestando, na Inglaterra, com Hobbes, e depois com o evolucionismo spenceriano, com a escola analítica de jurisprudência e outras correntes de pensamento, e influenciando a jurisprudência americana na modalidade de um positivismo sociológico.

## 4. Do Estado de direito kantiano à democracia de Weimar e ao totalitarismo

Se, no desenvolvimento histórico do constitucionalismo anglo-saxônio, o Estado de direito surge de fatos e circunstâncias, que vão dando origem à criação ou à transformação das instituições — incluindo

16. O *Chief Justice* Shaw, de Massachusetts, em 1845, declarava (*Norway Plans Co. v. Boston & Maine Railroad*) : "*o common law* consiste em poucos princípios amplos e compreensivos, fundados na razão, na justiça natural e numa política pública esclarecida, modificado e adaptado às circunstâncias de todos os casos particulares que caem dentro dele". Em tempos mais remotos, o *Attorney-General* de Maryland, Daniel Dulaney, publicava o panfleto *The Right of the Inhabitants of Maryland to the Benefit of the English Law,* reivindicando para os americanos as liberdades naturais e legais, os privilégios e os direitos dos ingleses do reino, dizendo do *common law* que *takes in the Law of Nature, the Law of Reason and the revealed Law of God.*

aí as lutas políticas, desde a dos barões ingleses, arrancando do rei João Sem Terra a concessão da Magna Carta, até aos prélios da independência americana, rematados posteriormente pela Constituição de 1787 — na Alemanha, terra de eleição do idealismo filosófico, é das especulações dos pensadores e juristas que o vemos nascer, em lineamentos de rigorosa sistematização.

O primeiro nome a ter presente é o de Kant. Filósofo, por excelência, do Estado liberal, o solitário de Königsberg forneceu às construções dos arquitetos da teoria do Estado e do direito constitucional em sua pátria, e nas vizinhanças austríacas e helvéticas, os pressupostos e diretrizes que orientaram as suas construções.[17] Nem a sombra de Hegel, dominadora no pensamento germânico, pode fazer esquecer essas origens. Repercutindo noutros países, o *Rechtstaat* kantiano, em grande parte inspirado nos ideais da Revolução francesa, contém o substrato do Estado de direito do liberalismo, o qual correspondeu ao domínio político da burguesia e deriva hoje para as concepções do Estado social de direito (*welfare State, Sozialstaat*). Da mesma forma, a célebre definição de direito dada por Kant — e reduzindo mecanicisticamente a ordem jurídica a uma conciliação das liberdades individuais — acrescida à idéia de não haver direito sem sanção, imprime ao positivismo jurídico, em suas diversas modalidades, uma significação que o conjuga ao Estado liberal de direito.

17. Releve-se a linguagem metafórica, tendo em vista que Aristóteles considerava a política uma ciência "arquitetônica". Entre os construtores da teoria do Estado de direito estão Robert von Mohl, o primeiro a empregar a expressão *Rechtstaat;* o barão de Stahl, caracterizando o Estado de direito em face do Estado patriarcal, do Estado patrimonial e do Estado policial, este consoante o regime de Frederico II na Prússia; Otto Bähr, trazendo para essa caracterização os princípios da divisão de poderes, da independência da magistratura e do controle judicial dos atos do poder; o princípio da divisão de poderes e o da independência da magistratura: Rudolf Gneist, Otto Mayer, Gerber, Laband, Jellineck e, mais recentemente, segundo conceituações muito diversas, Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Procede remotamente de Kant a teoria kelseniana da identidade entre ordem jurídica e ordem estatal, do que resulta, como vimos de início, a conseqüência de que todo e qualquer Estado é um Estado de direito. Essa crítica, aliás, já foi por outros feita ao grande jurista-filósofo vienense, adversário figadal do regime nacional-socialista, a cuja legitimação jurídica, entretanto, o formalismo de sua doutrina servia como uma luva.

A democracia de Weimar, depois da Primeira Guerra Mundial, foi uma expressão do *Rechtstaat*, e a ascensão de Hitler ao poder fez-se sem quebra da normalidade constitucional. Por um lado, o positivismo jurídico, tendo na teoria de Kelsen seu ponto culminante, e por outro a concepção do poder dentro dos postulados acolhidos pela Constituição, logicamente não podiam deixar de justificar a implantação do regime totalitário, embora admitir esta conseqüência repugnasse a estrênuos defensores da liberdade e perseguidos do regime.

Foi diante das perseguições de Hitler, e refletindo sobre as conseqüências desastrosas às quais levava o positivismo jurídico, relativista e formalista, que Radbruch acabou por superá-lo, apelando para um sucedâneo do direito natural. Sua posição de socialista-liberal — na justa observação de Francisco Elías de Tejada [18] — encadeava-o a um relativismo axiológico, do qual finalmente se desprendeu ante as "demasias hitleristas".

E, na verdade, a experiência alemã, de entre as duas guerras, confirma cabalmente, de forma exuberante, que, nos marcos do positivismo jurídico, o Estado de direito perde toda a riqueza do seu conteúdo, pela ausência de um critério com o qual estabelecer a legitimidade ou ilegitimidade de uma ordem

18. No discurso citado (*El derecho natural hispánico*, pág. 26). Cf. supra, nota 3. Vejam-se o segundo volume da *Filosofia do Direito* de Gustav Radbruch, edição citada, e ainda deste autor o artigo "Le relativisme dans la philosophie du droit", in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934 (págs. 105-110), onde diz que "a democracia supõe o relativismo".

jurídica. Cai-se no Estado de mera legalidade, isto é, de uma legalidade positiva — onde o *iussum* suplanta o *iustum* — produto de uma vontade que se impõe de modo absoluto, seja a vontade do povo, a do príncipe ou a do chefe (*Führerprinzip*).

## 5. Estado de legalidade ou Estado de justiça?

Aí está precisamente toda a questão. As concepções que têm idealizado o Estado de direito prescindindo do direito natural e encerrando-se nas perspectivas estreitas do positivismo jurídico, reduzem o direito à lei, não distinguem o que é legal do que é legítimo e não vão além de um Estado de legalidade, que nem sempre é um Estado de justiça.

A propósito, não é possível esquecer o nome e a obra de René Marcic,[19] que, estudando o direito como medida do poder, procurou encontrar o caminho entre a segurança e a liberdade, máximo problema político de nossos dias, *vexata quaestio* da problemática do Estado de direito. Este vigoroso pensador — jurista e filósofo — distingue entre o "direito da lei", que se inclina ante exigências políticas, e o "direito do juiz", orientado a valores eternos e suscetível de corrigir o "direito da lei".

Tese que poderá parecer ousada, mas vem renovar em nossos dias a cosmovisão jurídica dos gregos, divisando na isonomia e na epiquéia os fundamentos de uma ordem de justiça nas sociedades humanas e

19. Nele vê von der Heydte "um dos mais importantes, e provavelmente o mais original, dos atuais filósofos do direito que se confessaram partidários do direito natural na Alemanha" (*Tendencias iusnaturalistas en el derecho alemán actual,* in *op. cit.,* pág. 205). Tendo perecido tragicamente, num desastre de aviação, quando ainda tanto dele podia esperar-se, deixou sobre o assunto uma obra que marcará época: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat,* Springer-Verlag, Viena, 1957.

do que hoje chamamos Estado de direito. Tese que reproduz a lição de Santo Tomás de Aquino, ao fazer ver que o juiz deve julgar segundo as leis escritas, mas que a essência do juízo não está na simples aplicação da lei e sim na definição e na determinação daquilo que é justo.[20] Tese, enfim, inspirada no sentido analógico do direito, pois, tendo este várias acepções, é essencialmente o justo, objeto da justiça, principal analogado do conceito em apreço.[21]

Para conceituar e justificar o Estado de direito, importa, antes de mais nada, saber o que é o direito. Cumpre partir do seu significado originário: o *ius* (de *iustum*), o que é por justiça devido a outrem. É preciso entender que a lei não cria o direito, mas o reconhece e estabelece as condições de exercício dos direitos subjetivos. É necessário compreender que o direito subjetivo é uma faculdade ou um poder moral essencialmente vinculado ao justo objetivo, e dependente deste. É indispensável ter presente que no Estado não reside a fonte única das normas de direito, pois há na sociedade política, em correlação com os grupos ou corpos intermediários que a constituem, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.

Ora, o justo objetivo dimana da natureza de uma relação jurídica, à qual é inerente. A lei só é justa quando conforme à ordem natural. E os direitos subjetivos, fundam-se na própria natureza humana, na dignidade pessoal do homem, na liberdade do ser racional, no seu destino transcendente e eterno.

Conseqüentemente, só poderá haver Estado de direito desde que haja respeito ao direito natural e

20. *S. Th.* I.ª IIæ, q. 60, art. 5. No mesmo artigo, *ad-primum*: *lex scripta sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre, quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est, nec habet vim obligandi... nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones.* Ver também I.ª IIæ, q. 95, art. 2, e q. 96, art. 4.

21. Cf. supra capítulos primeiros, 1, e VI, 1 e 2 (principalmente págs. 89 a 91).

a essa ordem superior à vontade dos detentores do poder e dos que fazem a lei. Então, o Estado de direito, na plenitude do seu significado, será um Estado de justiça.

*Rex eris si recte facies, si non facias non eris*, tal o princípio enunciado nos tempos da monarquia visigótica, a indicar a necessária submissão do poder político a uma ordem de justiça. Princípio dominante na realeza medieval limitada, e abandonado na idade moderna pelos voluntarismos e absolutismos. Princípio que, nas Cortes de Aragão, condicionava o juramento de obediência e fidelidade, prestado diante do monarca ao respeito, pelo soberano, dos *fueros* que ele também jurava observar, terminando o compromisso dos súditos por aquelas altivas palavras: *si no, no.* [22]

Da mesma forma que o *common law*, o direito foraleiro hispânico estava alicerçado nas bases sólidas do direito natural. Quanto à sujeição do poder a uma ordem de justiça, ela fazia-se mediante um ajuste concluído entre o rei e os súditos, consoante se verificou no caso da Magna Carta e como ocorria nos juramentos de Aragão.

O poder era personalizado, identificava-se com a pessoa do soberano, e conseqüentemente podia ser controlado, e responsabilizado o seu titular. Tudo isto — é óbvio — antes que o absolutismo viesse a torná-lo independente das forças sociais que anteriormente o limitavam

Esse controle e essa racionalização ficaram sendo muito mais difíceis nos regimes modernos de organização das sociedades políticas, tais como se constituíram a partir da Renascença. Viu-se, daí por diante,

22. Eis o seu teor: "Nós, que cada um somos tanto como Vós, e todos juntos mais do que Vós, vos fazemos nosso Rei. Se observardes nossas leis e privilégios, estaremos a Vós submetidos, e se não, não" (*apud* Ludwig Pfandl, *Felipe II*, trad. por José Corts Grau, 2.ª edição, Cultura Española, Madrid, 1942, p. 138).

a força do poder político amparada pela "razão de Estado" maquiavélica, a soberania atribuída a todo o povo e, por isso mesmo, a autoridade diluída no anonimato.

Recorreu-se ao expediente da separação de poderes, para evitar o abuso do poder, segundo a lição de Montesquieu: *il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*. Ao que pondera Bertrand de Jouvenel: "O poder deterá o poder... Sem dúvida, se cada uma das instituições distintas é o órgão de uma força existente na Sociedade. Não, se elas emanam da mesma força". Quando o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo e deste tiram a sua autoridade, não se estabelece um equilíbrio de elementos sociais mas se instaura "uma disputa de homens investidos pela mesma força". [23]

A despersonalização do poder, longe de ter sido uma vitória sobre o absolutismo, veio acentuá-lo e fortalecê-lo ainda mais, na forma do absolutismo estatal. À medida que o Estado vai crescendo em dimensões, mais difícil se torna a limitação do poder político e a realização do ideal de um Estado de direito. E por isso o "Estado constitucional" do século passado, e das primeiras décadas do atual, vai-se transformando no Estado administrativo e tecnocrático.

Donde o dizer Pablo Lucas Verdú que o conceito de *rule of law*, sustentado por Dicey, é algo completamente anacrônico ante "as transformações sociais modernas motivadas pela guerra, a crise econômica e o desemprego, se levamos em conta a legislação delegada, o direito administrativo e as nacionalizações, instrumentos utilizados como resposta a aquelas mudanças". E referindo-se aos EUA: "O balanço que nos oferece o desenvolvimento constitucional norte-americano assinala claramente o desaparecimento do

23. *Du pouvoir*, cap. XV. Veja-se todo o livro sexto desta obra, versando o tema: "Poder limitado ou poder ilimitado".

Estado liberal de direito, incapaz de coexistir com a nova política social da administração, que exige amplas delegações legislativas para atuar com rapidez e obter resultados positivos. Assiste-se a uma crise das instituições e de alguns princípios básicos da organização política (federalismo). Produziu-se também uma diminuição da relevância do Tribunal Supremo, tudo isto fazendo com que o Estado norte-americano se converta, cada vez mais, num verdadeiro *Verwaltungsstaat,* muito afastado da imagem equilibrada e liberal acalentada pelos *Founding Fathers".* [24]

Podemos concluir.

As instituições, por melhores que sejam, de nada valem para assegurar às sociedades um regime de justiça, se os homens que as põem em funcionamento não tiverem a consciência formada no acatamento ao direito natural e à lei divina. É certo que as instituições são importantíssimas, que, conforme forem elas, poderão contribuir para corromper os homens ou para propiciar o bom exercício do poder e a garantia dos direitos. Seria um grande erro pensar que as crises e os problemas políticos devam ser resolvidos apenas pela presença de homens prudentes e justos no governo. Não menos errado seria pretender que as instituições possam produzir seus efeitos *ex opere operato* e realizar milagres. [25]

Assim, o Estado de direito não depende só do bom arranjo constitucional. Isto é necessário, e necessário, também, é que haja uma adaptação das instituições ao meio histórico. Mas é indispensável que os homens,

24. Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de derecho,* Real Colegio de España (*Studia Albornotiana*), Bolonha, 1975, págs. 37, 59 e 60.

25. Vem a propósito lembrar a conclusão de Madison em *The Federalist,* n. 48: *The conclusion which I am warranted in drawing from these observations is that a mere demarcation on parchment of the constitutional limits of the several departments, is not a sufficient guard against those encroachments which lead to a tyrannical concentration of all the powers of government in the same hands.*

aos quais cabem as responsabilidades do poder, tenham plena consciência do que significa o direito natural, como fundamento da ordem jurídica positiva e princípio ordenador da atividade do Estado na condução da sociedade à realização dos fins humanos.

É pela superação do positivismo jurídico, e sem os equívocos e ambigüidades do liberalismo, que se poderá chegar a um Estado de direito, contra as opressões do totalitarismo e da tecnocracia nos dias presentes.